

THÈSE DE  
PARIS.  
1884  
N<sup>o</sup>. 16.



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

**DROIT ROMAIN**  
**DE L'ACTION DE PECULIO**

**DROIT FRANÇAIS**  
**DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES**  
**D'ACTIONNAIRES**

DE LEUR ORGANISATION ET DE LEURS POUVOIRS

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

PAR

**G. BOUTRY**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

**PARIS**

**L. LAROSE ET FORCEL, LIBRAIRES-ÉDITEURS**  
22, RUE SOUFFLOT, 22

1884









THÈSE  
POUR LE DOCTORAT

ANGERS, IMPRIMERIE BURDIN ET C<sup>e</sup>, RUE GARNIER, 4.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

**DROIT ROMAIN**  
**DE L'ACTION DE PECULIO**

---

**DROIT FRANÇAIS**  
**DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES**  
**D'ACTIONNAIRES**

DE LEUR ORGANISATION ET DE LEURS POUVOIRS

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

**LE MERCREDI 25 JUIN 1884, A MIDI**

PAR

**G. BOUTRY**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

---



|               |   |                       |               |
|---------------|---|-----------------------|---------------|
| Suffragants : | { | Président : M. RATAUD |               |
|               |   | MM. BOISTEL           | } Professeurs |
|               |   | RENAULT               |               |
|               |   | MICHEL (HENRY)        |               |
| CHAVEGRIN     |   |                       |               |

---

**PARIS**

**L. LAROSE ET FORCEL, LIBRAIRES-ÉDITEURS**  
22, RUE SOUFFLOT, 22

1884



A MON PÈRE

—

A MA MÈRE

—



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41546310\\_0023](https://archive.org/details/IA41546310_0023)

# DROIT ROMAIN

---

## DE L'ACTION *DE PECULIO*

---

### INTRODUCTION

---

#### NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE PÉCULE

---

##### § 1. — *Définition et origine du pécule.*

L'esclave, à Rome, ne pouvait être propriétaire et se trouver à la tête d'un patrimoine.

Toutes les fois qu'il faisait un acte entraînant par sa nature l'acquisition d'un droit de propriété ou de créance, cette acquisition se réalisait au profit du maître qui en bénéficiait, à son insu, et même contre son gré. (Inst., lib. II, tit. IX, § 3.) Telle fut également, jusqu'au règne d'Auguste, la condition des fils de famille <sup>1</sup>. L'acquisition se réalisait alors au profit du père. Cependant les esclaves achetaient parfois, à prix d'argent, les fa-

1. Nous faisons abstraction des textes qui considèrent les fils de famille comme copropriétaires du patrimoine paternel.

veurs de leurs maîtres<sup>1</sup>, ce qui implique bien pour eux la possession d'un certain patrimoine, et il existe des textes contemporains de la République, dans lesquels il est question de fils de famille se trouvant à la tête d'une véritable fortune<sup>2</sup>. Les faits semblent donc en contradiction avec le droit, mais ce n'est là qu'une apparence.

La situation à laquelle les textes précédents font allusion, s'explique en effet, très facilement, par l'usage où étaient les chefs de famille, pères ou maîtres, de confier à leurs enfants ou à leurs esclaves, la gestion de certaines valeurs qui formaient aux mains de ces derniers comme une sorte de patrimoine.

Ces valeurs dont le chef de famille concédait la gestion à ses enfants ou à ses esclaves recevaient le nom de *peculium*, à raison, sans doute, de ce que les concessions primitives consistèrent surtout en troupeaux.

*Peculium*, en effet, littéralement traduit, signifie « petit bétail » et n'est, bien certainement, qu'un dérivé du mot *pecus*. Varron est formel à cet égard<sup>3</sup>. L'étymologie donnée par Ulpien (L. 5, § 3, de *Pec.*), et d'après laquelle *peculium* viendrait de l'adjectif *pusillus*, ne nous paraît pas acceptable.

Les biens qui, depuis Auguste et Constantin, appartenaient en propre aux fils de famille, recevaient égale-

1. Voyez notamment : Plutarque, *Vie de Caton l'Ancien*, § 45 ; Ténence, *Phormion*, act. I, sc. 1.

2. Voy. sur ce point M. von Ihering, *l'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, traduct. van Meulenaer-Marescq, 1880, II, note 338.

3. De *Ling. lat.* : *A pede pecudes appellarunt ut ab eodem Pedicam, Pedisequum; et peculatoriæ oves aliudve quid; id enim peculium primum*. N° 95, édit. Ot. Muller. De *Re rustic.* N° 17 in fine.

ment le nom de *peculium*<sup>1</sup>. On ajoutait alors au mot *peculium* la qualification de *castrense* ou *quasi castrense*, pour indiquer la provenance des biens qui en faisaient partie, et les distinguer de ceux qui composaient le *peculium* proprement dit<sup>2</sup>. Ce *peculium*, le seul dont nous ayons à nous occuper ici, a reçu des commentateurs, lorsqu'il était concédé à un fils de famille, la qualification de *profectitium*. On a voulu par là éviter toute confusion de ce *peculium* avec les précédents, en indiquant qu'il se trouvait aux mains du concessionnaire, à titre seulement de concession bénévole de la part du paterfamilias. Tel est, en effet, comme nous le verrons, le caractère fondamental de la concession.

Sans rechercher ici l'époque à laquelle il faut faire remonter l'origine de l'institution du pécule, institution qui, si nous en croyons M. Von Ihering<sup>3</sup>, se rattacherait par voie de conséquence à la clientèle, examinons rapidement : à qui et par qui la concession d'un pécule pouvait être faite ; de quelle manière elle s'effectuait ; quels biens elle pouvait comprendre et comment elle prenait fin. Nous passerons ensuite à l'étude de l'action de *peculio*, conséquence de cette concession.

1. Le mot *peculium* servait encore à désigner : 1° les valeurs mises en sûreté par leur propriétaire pour les soustraire aux atteintes des voleurs : *Quod præsidii causa seponebatur* (L. 79, de Leg. 3° XXXII) ; 2° les biens paraphernaux de la femme. Mais, si nous en croyons Ulpien, le mot *peculium* n'était guère employé en ce sens que par les Gaulois (L. 9, § 3, de Jure dot., XXIII, III.)

2. A côté de ces deux pécules on peut mentionner les *bona adventitia* auxquels les interprètes ont donné le nom de *pécule adventice*.

3. *Op. cit.*, I, p. 207, note 339.

§ 2. — *A qui, par qui et de quelle manière la concession pouvait être faite.*

Toute personne en puissance, sans distinction de sexe, était apte à devenir concessionnaire d'un pécule<sup>1</sup> et, tout paterfamilias avait qualité pour en concéder un à ses enfants ou à ses esclaves. Exception, toutefois, doit être faite pour le dément, lequel, à l'exemple de l'impubère, était incapable de jouer le rôle de concédant (L. 7, § 1); mais l'esclave d'un impubère ou d'un dément pouvait très bien, malgré cette règle, se trouver à la tête d'un pécule. Ceci se présentait dans l'hypothèse où, après une concession valablement faite, le paterfamilias tombait en démence ou mourait laissant un héritier impubère. La démence ou la mort du concédant ne mettait pas fin, en effet, à la concession qui ne pouvait être révoquée que de la volonté formelle du paterfamilias. (L. 3, § 3 et § 4; l. 7, § 1 *de Pec.*, XV, 1.) Les femmes, elles-mêmes, pourvu qu'elles fussent pubères et sui juris, avaient le droit de concéder un pécule à leurs esclaves; seulement, si elles étaient mariées, la concession ne pouvait comprendre que des biens paraphernaux, ces biens étant les seuls dont il leur fût permis de disposer, au cours du mariage.

Enfin, il est à noter que le nu propriétaire, l'usufruitier, l'usager, le possesseur de bonne foi d'un esclave, avaient également qualité pour lui concéder un pécule. De là vient qu'un même esclave pouvait avoir entre les mains

1. Mais il ne pouvait être question de concession de pécule faite à un paterfamilias. *Paterfamilias liber peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona.* (L. 132, *de Verb. significat.*, L. XVI.)

plusieurs pécules. (L. 1, § 6 ; l. 2, *de Pec.*) Le principe qui domine toute la matière, c'est, nous l'avons déjà dit, que les personnes en puissance ne pouvaient avoir un pécule sans l'assentiment du père ou du maître. (LL. 4 pr. ; § 4 ; 25 *de Pec.*) Cette règle, comme l'observe très exactement Pomponius, était nécessaire pour empêcher les personnes en puissance de se constituer un pécule au moyen d'un vol. (L. 4, § 2, *de Pec.*) Mais, ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'il ne suffisait pas pour la validité de la concession que la volonté du concédant se manifestât d'une manière quelconque. La loi exigeait une tradition ou quasi-tradition des biens concédés en pécule ; « desiderat enim res naturalem dationem. » (L. 8, *de Pec.*) Cette exigence, toutefois, ne s'appliquait qu'à la concession initiale, c'est-à-dire à la première remise au fils ou à l'esclave de valeurs devant constituer un pécule. Les accroissements que ces valeurs pouvaient recevoir par la suite n'y étaient point soumis. Le pécule comprenait par conséquent, indépendamment de toute tradition nouvelle, les biens que le concessionnaire acquérait par lui-même postérieurement à la concession et que le concédant lui laissait sciemment, où lui eut laissés, s'il en avait connu l'acquisition. (L. 7, § 2 ; l. 49 pr. *de Pec.*)

§ 3. — *Quels biens pouvaient être concédés en pécule et quand la concession prenait fin.*

Tous les biens qui se trouvaient dans le commerce, les meubles comme les immeubles, les droits réels comme les créances, voire même des esclaves, pou-

vaient être concédés en pécule. Ces derniers recevaient alors le nom de *vicarii*<sup>1</sup>, par opposition à celui d'*ordinarii* donné aux esclaves chefs de pécule. Les *vicarii* eux-mêmes pouvaient se trouver à la tête de sous-pécules à eux concédés, soit par le père ou le maître soit par le concessionnaire (L. 4, § 6, *de Pec.*); car, en concédant un pécule au fils ou à l'esclave, le père ou le maître était réputé, nous dit Celsus, lui reconnaître par là même le droit de jouer le rôle de concédant vis-à-vis du *vicarius*. Ce dernier était donc réputé tenir son pécule du père ou du maître. (L. 6, *de Pec.*) Le pécule du *vicarius*; était compris dans celui de l'*ordinarius* comme la partie dans le tout, mais il n'y avait pas absorption, et nous constaterons entre ces deux pécules, des relations analogues à celles qui existaient entre le patrimoine du père ou du maître, et le pécule du *filiusfamilias* ou de l'*ordinarius*.

Le pécule s'éteignait : 1° par la révocation de la concession (L. 8, *de Pec.*); 2° par la mort du concessionnaire (L. 40, § 1, *de Pec.*)<sup>2</sup>; 3° par l'émancipation du fils et par l'affranchissement de l'esclave (L. 1, § 3 *Quand. de pec. act. annalis est*, XV, n.); 4° par la mort ou la déportation du paterfamilias, quand le concessionnaire était un fils de famille. (L. 1, § 4, XV, n.)

La révocation de la concession, à la condition d'être exempte de dol, pouvait être faite *ad nutum concedentis*. (L. 8, *de Pec.*) Cependant, ce mode d'extinction du

1. *Vicarius est qui servo paret.* (Hor., sat. II, vii.)

2. La démence du fils ou de l'esclave chef de pécule survenue postérieurement à une concession régulièrement faite ne mettait pas fin à cette concession. Le père ou le maître qui laissait le pécule entre les mains du concessionnaire frappé de démence supportait alors les conséquences de son imprudence. (L. 7, § 3, *de Pec.*)

pécule se rencontrait rarement dans la pratique. Révoquer la concession, sans motifs légitimes, était, paraît-il, considéré à Rome comme une action infamante <sup>1</sup>. Ceci nous explique comment un concédant pouvait en arriver à emprunter au concessionnaire, au lieu de lui enlever purement et simplement l'argent dont il avait besoin. D'ailleurs, il était de l'intérêt du paterfamilias d'encourager la bonne administration du concessionnaire, en lui laissant l'espoir de conserver le bénéfice de ses labeurs. De là vient également que le pécule suivait d'ordinaire l'esclave vendu <sup>2</sup>; de là aussi, l'usage d'abandonner le pécule à l'esclave affranchi, usage qui fut même érigé par la suite en présomption juridique. (L. unic., C. de Pec. ejus qui libert. mer., VII, xxiii; Vat. fragm. § 261 ; l. 53, de Pec.) Cette présomption, toutefois, était restreinte aux affranchissements entre vifs et l'esclave affranchi par testament ne devenait propriétaire de son pécule que si telle avait été la volonté expresse du testateur. La différence établie entre les affranchissements testamentaires et les affranchissements entre vifs vient de ce que, suivant l'observation de Cujas, le de cujus ayant, par son testament, disposé au profit de son héritier la totalité de son patrimoine, celui-ci ne devait être tenu de se dessaisir que des biens distraits expressément de ce patrimoine par le testateur <sup>3</sup>. Si les créances du concessionnaire contre le concédant augmentaient l'actif du pécule, au même titre que ses créances contre

1. Von Ihering. *Op. cit.*, II, p. 474.

2. *In horum emptione, peculium solet accedere.* Varr., *de Re rustic.*, lib. II, cap. x.

3. Souvent l'esclave se rachetait des deniers de son pécule. (L. 4 pr. et § 1 de *Manumiss.*, XL, 1; l. 3, § 1 de *Statulib.*, XL, vii, Virg., *Eg.* 1; Tacite, *Ann.* XIV, xlii.)

les tiers<sup>1</sup>, réciproquement, les créances du concédant contre le concessionnaire diminuaient de plein droit cet actif. (L. 5, § 10, *de Pec.*) Cependant, lors même que le montant de ces créances était égal ou supérieur à la valeur des *res peculiares*, il n'y avait point là une cause d'extinction du pécule. Pomponius en donne pour motif qu'une remise de la dette consentie par le concédant, ou le paiement de cette dette effectué par un tiers, pouvaient libérer le concessionnaire et remettre le pécule en équilibre. (L. 4, § 5, *de Pec.*) Rappelons enfin que, lorsque le concessionnaire était un esclave, la mort du maître ne mettait pas fin à l'existence de pécule. Si le pécule du fils de famille s'éteignait à la suite de la mort du père, c'est que le fils de famille, en raison de cet événement devenait *sui juris* et qu'un *paterfamilias*, ainsi que nous l'avons déjà dit, ne pouvait se trouver à la tête d'un pécule.

---

1. Entre un *paterfamilias* et les personnes qui se trouvaient sous sa puissance il ne pouvait y avoir que des obligations naturelles. Le *paterfamilias* devenait créancier naturel du concessionnaire toutes les fois que le contrat ou quasi-contrat fait par lui avec ce dernier eût, à le supposer fait avec une personne libre et *sui juris*, donné naissance à une créance civile. (L. 49, § 2, *de Pec.*)

## ACTION DE PECULIO

---

### CHAPITRE I

#### ORIGINE ET CARACTÈRES DE L'ACTION « DE PECULIO. »

Si les personnes en puissance placées à la tête de pécules avaient été régies par les principes du droit civil, les concessions seraient, bien certainement, restées sans grand résultat pratique, et l'on s'expliquerait difficilement l'importance que ces concessions paraissent avoir prise dans les mœurs romaines. En effet, d'après ces principes, les enfants et les esclaves n'étaient entre les mains du père ou du maître que des instruments d'acquisition et, s'ils pouvaient les enrichir, leurs contrats ou quasi-contrats ne pouvaient être pour eux la source d'une obligation. (L. 183, *de Reg. jur.*, L. xvii, Paul, *Sent.*, II, xxi, § 9.) Celui qui contractait avec une personne en puissance se trouvait donc en présence, soit d'un débiteur obligé simplement naturaliter, s'il avait traité avec un esclave, soit d'un débiteur obligé, sans doute, civiliter, s'il avait traité avec un fils de famille, mais, débiteur sans patrimoine du vivant du paterfamilias<sup>1</sup>, et pouvant, après la mort de celui-ci, se retrancher

1. Nous nous plaçons, bien entendu, à l'époque antérieure au règne d'Auguste.

derrière l'exception *quod facere potest*. En un mot, sa créance, purement illusoire, dans le premier cas, ne reposait guère, dans le second, que sur une espérance, sauf cependant la ressource de faire condamner et emprisonner le fils, du vivant du paterfamilias, dans le but de déterminer ce dernier à payer pour obtenir la liberté de son fils. Encore ce droit est-il contesté<sup>1</sup>.

Cette protection exagérée accordée au chef de famille, à la supposer maintenue, aurait eu pour conséquence de faire le vide autour des concessionnaires ; personne ne se fût soucié de contracter avec eux dans de semblables conditions. Il y avait d'ailleurs quelque chose de choquant à permettre au chef de famille de se soustraire aux conséquences d'actes juridiques qu'il avait provoqués et dont il pouvait même avoir profité ; de là l'innovation prétorienne dont nous avons maintenant à parler.

Le Préteur, voulant sauvegarder, tout ensemble, les intérêts des créanciers du concessionnaire et ceux du concédant, décida que le chef de famille qui constituerait un pécule à ses enfants ou à ses esclaves, deviendrait, par là même, responsable, à concurrence de la valeur du pécule, des obligations que les concessionnaires pourraient contracter vis-à-vis des tiers. En conséquence, il accorda aux créanciers des concessionnaires une action dite *de peculio*, parce qu'elle se donnait contre le père ou le maître à concurrence seulement de la valeur du pécule, ce dernier étant réputé n'avoir consenti à être tenu envers eux que dans cette limite, quelle que fût l'importance de leurs créances<sup>2</sup>. L'action de *peculio* n'était

1. Voy. en fav. de l'affirmat., Acc., *Précis de Droit Romain*, 2<sup>e</sup> édit. II, p. 4154, et pour la négat. Bonjean, *Traité des Act.*, II, p. 286.

2. Lorsque le contrat fait par le concessionnaire était un contrat

pas une action spéciale ayant une individualité propre, une existence indépendante; c'était simplement l'action née du contrat ou quasi-contrat du concessionnaire, si celui-ci était un fils de famille, ou qui serait née du contrat fait avec le concessionnaire supposé *sui juris*, si ce dernier était un esclave, action donnée *de peculio* contre le père ou le maître. S'agissait-il, par exemple, d'une vente consentie par le concessionnaire ou d'un achat par lui fait? L'acheteur ou le vendeur avait alors contre le père ou le maître les actions *empti et venditi de peculio*, c'est-à-dire les actions *empti et venditi* augmentées d'une *adjectitia qualitas*; de là le nom d'action *adjectitiæ qualitatis* donnée par les commentateurs à notre action<sup>1</sup>.

L'obligation du père ou du maître, *de peculio* n'étant que la conséquence de l'obligation civile ou naturelle du concessionnaire, on s'explique dès lors pourquoi la mise en demeure du fils de famille réfléchissait contre le *paterfamilias* (l. 32, § 9, *de Usur. et fruct.*, XXII, 1); pour-

synallagmatique, le *dominus peculii* qui en poursuivait l'exécution supportait *in solidum* les charges qui en étaient la conséquence. C'est seulement quand cette exécution était demandée contre lui, c'est-à-dire, quand il jouait le rôle de défendeur, qu'il n'était tenu que *de peculio*. Cette distinction est très nettement établie par les textes (l. 31, § 1, *de Reb. cred.* XII, 1; l. 9 *pr. de Comp.* XVI, 11; l. 57 *pr. de ædilit. Edict.* XXI, 1.)

1. Aucun texte ne nous donne la formule de l'action *de peculio*. Cette formule était sans doute purement et simplement celle de l'action née du contrat ou quasi-contrat qu'il s'agissait de faire valoir *de peculio* contre le père ou le maître, formule modifiée, toutefois, de manière à indiquer que le défendeur était poursuivi en qualité de *dominus peculii* et devait être condamné à concurrence seulement de la valeur du *pecule*. L'*intentio* contenait donc très probablement le nom du concessionnaire tandis que la *condemnatio* contenait celui du *dominus peculii*. C'est dans la *condemnatio* que figuraient les adjectiones *de in rem verso et de dolo* dont nous aurons à parler.

quoi, lorsque le créancier du concessionnaire lui accordait la remise de sa dette ou lui en faisait acceptilation, sa libération entraînait par le fait même celle du concédant (l. 19, § 1, *de Pact.*, II, xiv ; l. 11, § 1, *de Acceptilat.*, XLVI, iv), pourquoi, enfin, lorsque le créancier du concessionnaire cédait sa créance contre celui-ci, il devait en même temps céder son action de peculio contre le père ou le maître. (L. 14, pr. *de Hered. vel act. vendit.*, XVIII, iv.)

Mais l'obligation de peculio, conséquence de l'obligation du concessionnaire, ne se confondait point pourtant avec elle. Ainsi que le dit Ulpien, le contrat ou quasi-contrat du concessionnaire donnait naissance à deux obligations distinctes : l'une *in solidum* ; civile, s'il s'agissait d'un fils de famille ; naturelle, s'il s'agissait d'un esclave, à la charge du concessionnaire ; l'autre, *de peculio*, à la charge du père ou du maître. (L. 44, *de Pec.*) Ce dernier était donc obligé personnellement et, par suite, ne pouvait, sous aucun prétexte, se refuser à défendre à l'action de peculio : « Sit dominus vel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus sed cogendus est, quasi aliam quamvis personalem actionem suscipere. » (L. 21, § 4, *de Pec.*)

Observons, à ce propos, que le père ou le maître qui concédait un pécule à son fils ou à son esclave, ne pouvait, par une clause d'irresponsabilité quelconque, se mettre à l'abri des poursuites des créanciers futurs du concessionnaire.

En vain eut-il fait, lors de la concession, les réserves les plus formelles à l'égard de ces créanciers ; en vain même, eut-il défendu aux tiers de contracter avec le fils ou l'esclave chef de pécule. Une semblable défense,

encore qu'elle eut été affichée à la porte des magasins du concessionnaire fut restée sans résultat. (L. 27, § 1 ; l. 47, *de Pec.*)

Ceci n'a rien qui doive surprendre. L'équité, nous l'avons dit, s'opposait à ce que le chef de famille pût, en concédant un pécule, s'enrichir aux dépens des tiers, et, celui-ci n'était pas fondé à se plaindre de l'exercice d'une action, contre-partie naturelle et logique des avantages qu'il retirait de la concession. Cette qualification de personalem donnée par Ulpien à notre action est à noter. L'action de peculio, n'étant que la mise en œuvre d'un droit de créance, était bien, en effet, une action personnelle. Si les commentateurs lui ont donné parfois la qualification de *scripta in rem*, c'est, nous le verrons, qu'elle suivait en quelque sorte le pécule et se donnait contre les propriétaires des res peculiares dans la mesure de leur droit de propriété.

Sauf dans l'hypothèse où l'obligation qui lui donnait naissance était de nature à s'éteindre par un temps moindre<sup>1</sup>, l'action de peculio était valablement exercée pendant toute la durée de l'existence du pécule. Elle pouvait même l'être encore pendant un an, après l'extinction du pécule survenue pour une cause quelconque, autre toutefois que la révocation de la concession faite par qui de droit. L'année en question était une année utile, c'est-à-dire, ne prenant son point de départ que du jour où les créanciers avaient été à même d'agir contre le père ou le maître à compter de l'extinction du pécule.

1. On peut citer comme exemple le cas où la dette du concessionnaire provenait des défauts de la chose qu'il avait vendue. L'action redhibitoire ne pouvait alors être exercée de peculio que pendant six mois. (L. 2, XV, 11.)

(L. 1, §§ 1 et suiv., XV, 11)<sup>1</sup>. Le Préteur avait voulu, par là, donner toute sécurité à ceux qui contractaient avec le concessionnaire, en empêchant que leur gage ne disparût brusquement et à l'improviste.

Exercée pendant l'existence du pécule, l'action de peculio était dite perpétuelle; exercée après l'extinction du pécule elle recevait la qualification d'*annale*. Il n'y avait donc en réalité qu'une seule et même action de peculio dont la dénomination variait suivant l'époque à laquelle elle était exercée; partant, nous ne ferons, au cours de cette étude, aucune distinction entre l'action de peculio *annale*, et l'action de peculio *perpétuelle*.

D'après les principes généraux, une même créance ne pouvait être exercée plusieurs fois en justice. Dès l'instant de la *litis contestatio*, accomplie, comme on sait, au moment où la formule était acceptée par les plaideurs, la créance primitive du demandeur s'effaçait pour faire place à celle à laquelle donnait naissance le quasi-contrat, conséquence de cette *litis contestatio* : « Incipiebat teneri reus litis contestatione. » (Gaius, III, § 180.)

Il en était différemment en matière d'action de peculio. Ici, le demandeur en exerçant sa créance contre le père ou le maître, à concurrence de la valeur du pécule, ne mettait pas fin à son droit d'agir. Il ne déduisait son droit en justice que dans la mesure de la valeur du pécule que le père ou le maître poursuivi devait être condamné à lui payer. Lors donc que la condamnation pro-

1. Lorsque le concessionnaire était fait prisonnier par les ennemis, l'année ne commençait à courir que du jour où le *jus postliminii* ne pouvait plus s'accomplir à son profit, jusque-là, en effet, et, à moins d'une révocation de la concession, le pécule continuait à subsister. (L. 2, § 1, XV, 11.)

noncée à son profit ne l'avait pas entièrement désintéressé, le créancier pouvait agir à nouveau de peculio pour le surplus de sa créance, si le pécule du concessionnaire venait à recevoir quelque accroissement postérieurement à la condamnation. « Is qui semel de peculio egit, rursus, aucto peculio, de residuo debiti agere potest. » (L. 30, § 4, *de Pec*). De là vient également que le créancier du concessionnaire, après avoir réclamé la valeur totale du pécule à une personne qui ne devait compte que d'une fraction de cette valeur, pouvait ensuite agir encore de peculio, pour le surplus contre qui de droit. (LL. 19, § 1; 30, § 5; 47, § 3, *de Pec*).

Enfin, cette dérogation aux principes, nous explique aussi pourquoi le créancier qui, sur son action de peculio, n'avait obtenu qu'une condamnation inférieure au montant de sa créance, ne pouvait, cependant, exiger que le défendeur lui donnât caution pour les accroissements éventuels du pécule. Cette caution, en effet, n'était nullement nécessaire à la sauvegarde des droits du créancier, puisque celui-ci était libre d'agir encore de peculio, par la suite, pour le surplus de sa créance. D'ailleurs, comme l'observe Ulpien, il eut été singulier de contraindre le défendeur à garantir par caution le paiement d'une dette dont, peut-être, il ne serait jamais tenu. (L. 47, § 2, *de Pec*.)

En résumé, l'action de peculio était une action instituée par le préteur « corrigendi juris civilis gratia; » c'était une action personnelle, perpétuelle ou annale, suivant les cas, et pouvant être exercée plusieurs fois à raison de la même créance. Voyons maintenant : 1° dans quels cas cette action était donnée; 2° par qui, contre qui et dans quelles conditions elle pouvait être exercée; 3° comment

se déterminait le montant de la condamnation prononcée de peculio à l'encontre du père ou du maître. Nous dirons ensuite quelques mots de l'action tributaire et des autres actions *adjectitiæ qualitatis* envisagées dans leurs rapports avec l'action de peculio.

---

## CHAPITRE II

### DANS QUELS CAS L'ACTION « DE PECULIO » ÉTAIT DONNÉE

Ainsi que nous le disions, il n'y a qu'un instant, tous les contrats ou quasi-contrats des personnes en puissance régulièrement placées à la tête d'un pécule donnaient, en principe, naissance à l'action de peculio contre le père ou le maître : « Quod cum eo qui in alterius potestate est negotium gestum erit, » disait le Préteur. (L. 1, § 2, *de Pec.*). Nous avons donc simplement à examiner ici quelles étaient les exceptions à la règle générale posée par l'édit. Il y a lieu à cet égard de distinguer selon que le concessionnaire était ou non investi de la libera peculii administratio et selon que ce concessionnaire était un fils de famille ou un esclave.

Et tout d'abord, le concessionnaire auquel la libera peculii administratio n'avait pas été concédée ne pouvait, en aliénant<sup>1</sup> les res peculiares, en les donnant en gage ou en les grevant d'hypothèques, ou encore, en déférant le serment, donner naissance à l'action de peculio contre le père ou le maître. (L. 41, *de Rei vindic.*, VI, 1; ll. 18 et 19, *de Pigneratit. act.*, XIII, VII.; l. 20, *de Jurej.*, XII, II<sup>1</sup>.) Il ne pouvait, en effet, être question de sanctionner à

1. Lorsque le concessionnaire non investi de la libera peculii administratio livrait en paiement une res pecularis, celle-ci restait, en principe, la propriété du dominus peculii. (L. 10, C. Quod cum eo, IV, XXVI.) Exception paraît avoir été faite, toutefois, pour les sommes d'argent et les revenus. (L. 19 de fidejus. XLVI, I.)

l'égard du dominus peculii, même dans la mesure du pécule, les contrats faits par le concessionnaire, au mépris d'une prohibition que la loi autorisait, puisqu'elle reconnaissait parfaitement au chef de famille qui concédait un pécule à son fils ou à son esclave, le droit de leur conférer ou non la libera peculii administratio<sup>1</sup>.

Au reste, le concessionnaire, même cum libera, ne pouvait disposer des res peculiares à titre gratuit, s'il n'y avait pas été autorisé par le dominus peculii. Décider autrement eut été méconnaître manifestement le but que se proposait le père ou le maître en concédant un pécule, car, s'il confiait un pécule au concessionnaire, c'est évidemment pour que celui-ci le fit valoir et non pour qu'il le dissipât : « Filiusfamilias donare non potest neque si liberam peculii administrationem habeat : non enim ad hoc conceditur libera peculii administratio ut perdat. (L. 7, pr. de Donat., XXXIX, v.)

Mais, l'autorisation du dominus peculii pouvait n'être que tacite et résulter des circonstances. Si, par exemple, le concessionnaire était un filiusfamilias occupant une situation élevée dans la société, on devait supposer facilement que le paterfamilias, en lui concédant un pécule cum libera, avait voulu le mettre à même de faire les libéralités que son rang lui imposait. (d., l. § 3.) Il y avait là une question de fait. (L. 1, pr. quæ Res pignori, XX, III.)

Bien entendu, la prohibition de disposer des res pecu-

1. Ce qui montre bien l'importance attachée par la loi à la libera peculii administratio, c'est qu'elle exigeait que cette libera fût concédée d'une manière expresse (L. 7, § 1 in fine, de Pec.) et qu'elle la déclarait révoquée par le fait seul du rapt du concessionnaire ou de l'incertitude de son existence (L. 48 pr. de Pec.)

lières à titre gratuit, s'appliquait aux donations mortis causa comme aux donations entre vifs, et ces libéralités ne pouvaient être invoquées de peculio à l'encontre du dominus peculii. (d., l. § 4.)

A la différence de l'esclave, le fils de famille concessionnaire qui contractait un emprunt en numéraire n'obligeait point le père de peculio. Le sct. Macédonien lui refusait, en principe, le droit de contracter un emprunt de cette nature, et n'accordait aucune action au prêteur qui avait méconnu cette prohibition. On craignait que le fils, obsédé par les poursuites des usuriers et menacé par eux des rigueurs de l'emprisonnement, ne cherchât dans le parricide le moyen d'acquérir une fortune qui lui permît de se soustraire à ce péril. « Quia sœpe, onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumeabant, vitæ parentum insidiabantur. (Inst., lib. IV, tit. VII, § 7.)

De là le refus d'action de peculio contre le père, à raison du prêt, refus nécessaire sous peine de méconnaître le but que se proposait le sct. Il eut été bien à craindre, en effet, que le fils n'attentât aux jours de son père, pour éviter les conséquences du ressentiment qu'une condamnation de peculio n'eut pas manqué de soulever.

Cependant, la *condictio ex mutuo* était donnée au prêteur de peculio, dans l'hypothèse où celui-ci, au moment du prêt, avait eu de justes raisons de croire que le fils de famille avec lequel il contractait était une personne *cui juris*. (L. 19 de sct. Macéd., XIV. vi.) En pareil cas, ce prêteur n'était pas en faute, et sa bonne foi devait lui servir d'excuse contre les résultats dont sa poursuite pouvait devenir la cause. *Pœna sine fraude*

*esse non potest.* (L. 131, *de Reg. jur.*, L. XVII.) Mais, il fallait que l'erreur en question fût une erreur de fait, nul n'étant admis, en principe, à se prévaloir d'une erreur de droit, et, il fallait de plus, que cette erreur fût plausible. (L. 3 pr. et § 1 de sct. Macéd.) Pourtant, la *condictio ex mutuo* n'était pas donnée de *peculio* contre le père lorsque le fils s'était mensongèrement présenté comme *sui juris*. (L. 1, C. ad sct. Macéd., IV, XXVIII.)

Cette décision qui peut sembler singulière, au premier abord, s'explique et se justifie par l'idée que le *dominus peculii*, ainsi que nous aurons à le préciser dans un instant, ne pouvait être poursuivi de *peculio* à raison des délits ou quasi-délits du concessionnaire.

Si la capacité de l'esclave en matière d'emprunt était plus étendue que celle du fils de famille, en retour, elle lui était inférieure en matière d'*intercessio*. L'esclave, en effet, ne pouvait jouer valablement le rôle d'*intercessor* tandis que l'*intercessio* du fils de famille réfléchissait de *peculio* contre le *dominus peculii*. (L. 3, §§ 5 et 9, *de Pec.*) Cette différence entre la capacité du fils de famille et celle de l'esclave est facile à motiver. L'esclave laissé libre de se porter *intercessor* en eut sans doute abusé pour se concilier, aux dépens de son pécule, les bonnes grâces des tiers, et obtenir d'eux un achat suivi d'un affranchissement. On peut ajouter que l'esclave, n'ayant qu'un espoir très vague de devenir propriétaire des biens qui composaient son pécule, ne devait attacher qu'un intérêt médiocre à leur conservation et, abstraction faite de toute promesse d'affranchissement, aurait pu se laisser trop facilement entraîner à des générosités coûteuses pour le *dominus peculii*.

Rien de semblable n'était à craindre quand le conces-

sionnaire était un fils de famille. En pareil cas, la tentative de corruption dont nous avons parlé ne se conçoit plus et le concessionnaire appelé à devenir, par la suite, propriétaire de son pécule, avait trop d'intérêt à sa conservation pour le gaspiller en libéralités qui ne lui rapportaient rien.

Observons ici que si le pécule avait été concédé à une *filiafamilias*, celle-ci, quant au point qui nous occupe, se trouvait, bien que pour des raisons différentes, exactement dans la même situation que l'esclave; le *sect. Velleien* lui refusant également le droit d'*intercedere*.

L'esclave, à raison de son incapacité de *stare in iudicio*, (l. 6, C. *de Judic.*, III, 1) ne pouvait, à la différence du fils de famille, donner naissance à l'action *judicati* de *peculio* contre le *dominus peculii*. (L. 3, § 8, *de Pec.*) Il ne pouvait davantage obliger le *dominus peculii* en faisant un compromis, et ce, lors même qu'il passait pour libre au moment du compromis, car, ainsi que l'observe Ulpien, le compromis doit être assimilé au *judicatum*, lequel ne pourrait certainement pas être opposé de *peculio* dans ces conditions. (d., l. § 8).

L'action de *jurejurando*, nous dit Ulpien, ne se donnait pas de *peculio* du chef de l'esclave dans les mêmes conditions que du chef du fils. « Si *filiusfamilias jurejurandum detulerit et juratum sit. de peculio danda est actio quasi contractum sit sed in servo diversum est.* » (L. 5, § 2, *de Pec.*) Mais il ne faut voir là encore qu'une conséquence de la règle qui défendait à l'esclave de *stare in iudicio*. Le texte précédent ne doit pas être interprété en ce sens que le fils de famille pouvait toujours, en déferant le serment, donner naissance à l'action de *peculio*, tandis, qu'au contraire, ce droit était, dans tous les cas,

refusé à l'esclave. Entendu ainsi, il se trouverait en effet en contradiction formelle avec la loi 22, *de Jur.*, (XII, n) qui, à l'inverse, paraît bien mettre le fils de famille et l'esclave sur un pied d'égalité, en reconnaissant toujours au second comme au premier le droit de déférer valablement le serment. « Quidam et de peculio actionem dandam in dominum, si actori detulerit servus jujurandum, eadem de filio familias dicenda sunt. » D'ailleurs, l'esclave investi de la libera peculii administratio pouvait bien certainement déférer le serment et donner ainsi naissance à l'action de peculio contre le dominus peculii : « Servus quod detulit vel juravit servetur, si peculii administrationem habuit. » (L. 20, *de Jurej.*) Ulpien, dans la loi 5, *de Pec.*, se place dans l'hypothèse du serment déféré in judicio ; Paul, dans la loi 22, *de Jurej.*, suppose au contraire que le serment est déféré extra judicium, et les deux textes se concilient ainsi parfaitement. L'opposition faite par Ulpien entre le fils et l'esclave, au point de vue de l'action de Jurejurando de peculio, se retrouve du reste dans la loi 24 *de Jurej.*, avec la signification que nous lui donnons ici. Le serment du fils, nous dit Paul, sera pour le père d'une utilité plus grande que celui de l'esclave pour le maître, car le fils peut ester en justice : « Multo magis proderit patri religio filii cum quo etiam judicium consistere potest. (L. 24, *de Jurej.*) »

Pour en finir avec l'action de peculio, sanction du serment, reste à faire observer que le fils ou l'esclave qui peuvent déférer le serment, quand le pécule leur a été concédé cum libera, ne peuvent, en le référant, donner naissance à l'action de jurejurando de peculio. (L. 24, *de Jurej.*) Ceci est évident pour l'esclave, puisque le serment ne peut être déféré extra judicium. (L. 17, *de Jurej.*)

Quant au fils de famille, son incapacité d'obliger le père de peculio en référant le serment qui lui a été déféré in iudicio, vient de ce que, ce faisant, il nuirait gravement aux intérêts du père en abandonnant le bénéfice d'une situation acquise<sup>1</sup>. Comme contrats ne pouvant obliger le dominus peculii du chef de l'esclave, il faut citer encore les contrats faits par ce dernier dans le but frauduleux de se soustraire à la puissance du maître. C'est l'hypothèse prévue par Papinien dans la loi 54 pr. *mandat*. (XVII, 1). « L'esclave concessionnaire a donné mandat à un tiers de l'acheter pour l'affranchir ensuite et le mandataire a exécuté le mandat; sera-t-il en droit d'exercer l'action mandati contraria de peculio contre le dominus peculii, c'est-à-dire, contre son vendeur, pour se faire rembourser la somme qu'il a versée entre ses mains pour prix de l'esclave<sup>2</sup>? Non, répond Papinien, car le prêteur, en instituant l'action de peculio, n'a pas songé aux contrats faits par l'esclave dans le but frauduleux de se soustraire à la puissance du maître. »

Accurse observe qu'avec la solution contraire, le vendeur serait privé, tout ensemble, de la chose et du prix, mais, quelque juste que paraisse cette remarque, il faut se garder de considérer la conséquence signalée comme servant de motif à la décision de la loi 54; autrement, il faudrait dire que la solution donnée par Papinien, doit être écartée dans l'hypothèse où la valeur du pécule est inférieure à celle du prix payé par le manda-

1. Cujas. (éd. de Naples), tome V, col. 218, c.

2. Il faut supposer, bien entendu, que le paiement a été fait des deniers personnels du mandataire. S'il avait été fait avec les deniers du pécule il serait tenu pour non avenu et ne pourrait donner naissance à une réclamation puisqu'il serait fait en valeurs qui étaient déjà la propriété du vendeur et n'occasionnerait, par conséquent, aucun débours au mandataire.

taire, attendu qu'en pareil cas, le vendeur condamné de peculio garderait encore entre les mains une fraction du prix de l'esclave. Or, ceci est inadmissible car le texte ne distingue pas. Ici, comme dans l'hypothèse précédente, il y a ratio mala de la part de l'esclave, et cela suffit pour que l'action de peculio soit refusée<sup>1</sup>. La loi 50, § 3 (*de Pec.*) nous fournit encore une application intéressante de la règle précédente. Se plaçant dans l'hypothèse où un esclave possédé de bonne foi a emprunté une certaine somme et l'a versée entre les mains de son maître apparent pour obtenir de lui son affranchissement, Papinien refuse au prêteur des deniers l'action de peculio contre le maître apparent; il la lui accorde au contraire contre le verus dominus. « Servus alienus, cum bona fide serviret mihi, nummos a Titio mutuatos mihi dedit, ut manumitterem; et manumisi: creditor quærebat quem de peculio conveniret? Dixi, quanquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conveniendum. »

L'action de peculio était alors refusée contre le maître apparent, non pas, à raison de cette qualité, puisque cette action, comme nous le verrons par la suite, se donnait tout aussi bien contre le possesseur de bonne foi que contre le verus dominus; mais, parce que, vis-à-vis de ce maître apparent, l'esclave avait contracté ratione mala. Elle se donnait contre le verus dominus, parce que, vis-à-vis de lui, cette ratio mala n'existait pas, l'esclave n'ayant pas contracté dans le but de se soustraire à la puissance de ce maître qu'il ne connaissait pas.

1. Si le prix payé par le mandataire était supérieur à la valeur de l'esclave, le vendeur serait alors passible de l'action de *in rem verso* à concurrence de ce dont le prix qu'il a reçu excède la valeur de l'esclave (L. 3 pr. *de in rem vers.* XV, II.)

Ce raisonnement n'est pas exempt d'une certaine subtilité, mais, comme l'observe Papinien, la solution à laquelle il conduisait ne compromettait en rien les intérêts du verus dominus. Celui-ci, en effet, pouvait au moyen de l'action *ad exhibendum*, se faire rembourser par le maître apparent la somme que l'esclave lui avait versée, car, cette somme ne pouvait être considérée comme provenant ex re possessoris, et appartenait par conséquent, en réalité, au verus dominus.

Pour en terminer avec l'examen des contrats ou quasi-contrats ne pouvant donner naissance à l'action de peculio contre le dominus peculii, reste à faire observer que l'esclave étant exclu des fonctions publiques et ne pouvant, ni contracter un mariage valable aux yeux de la loi, ni gérer une tutelle, ne pouvait, de ces différents chefs obliger le maître de peculio. Cependant, si l'esclave passant pour libre avait géré une tutelle ou contracté mariage, on donnait alors de peculio contre le maître l'action *tutelæ directa* ou l'action en restitution de dot, mais seulement à titre d'action utiles. (l. 1, § 2, *de Eo qui pro tut.* XXVII, v; l. 52 pr. *de Pec.*; l. 22, § 13, *sol matr.* XXIV, III.)

L'action de peculio, nous l'avons déjà dit, ne sanctionnait que les contrats ou quasi-contrats des concessionnaires, elle n'était pas donnée contre le dominus peculii à raison de leurs délits. « In pœnalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. » (L. 58, *de Reg jur.*, L. XVII.) On ne pouvait, en effet, supposer au père ou au maître qui concédait un pécule à ses enfants ou à ses esclaves, l'intention d'assumer de peculio, la responsabilité des actes illicites que ceux-ci pouvaient commettre; le principe de la personnalité des peines s'y opposait. Cepen-

dant, comme il eut été souverainement injuste que la faute du concessionnaire devint pour le dominus peculii, la source d'un enrichissement aux dépens de la personne lésée, on donnait à celle-ci l'action de peculio à concurrence de ce dont l'acte illicite du concessionnaire avait profité au dominus peculii. (L. 3, § 12, *de Pec.*)

Cette règle d'après laquelle le dominus peculii n'était pas responsable des délits ou quasi-délits du concessionnaire, n'avait guère d'intérêt pratique en dehors de l'hypothèse où l'auteur de l'acte illicite était un esclave. Si l'acte illicite avait été commis par un fils de famille, la personne lésée poursuivait alors directement le coupable et, après l'avoir fait condamner *in solidum*, exerçait ensuite contre le père l'action judicati de peculio pour le montant de cette condamnation ; ce faisant, elle ne violait en aucune façon la règle posée plus haut. En effet, dès l'instant de la litis contestatio, *incipiebat teneri reus litis contestatione*, et, l'obligation du fils qui auparavant avait sa source dans un délit ou quasi-délit, reposant désormais sur un quasi-contrat, rien ne s'opposait à ce qu'elle fût alors exercée de peculio contre le père. (L. 3, § 11, *de Pec.*<sup>1</sup>.) Lorsque l'acte illicite du concessionnaire n'avait pas reçu de la loi la qualification de délit, l'action de peculio était alors donnée contre le père ou le maître à concurrence du montant du préjudice causé. Citons, comme exemple, l'action édilitienne donnée de peculio contre le dominus peculii dans l'hypothèse où le concessionnaire vendeur était responsable des défauts de la chose vendue : « Si servus sit qui vendidit, vel filius fa-

1. Lorsque le fils de famille avait fait un compromis avec la personne lésée, celle-ci pouvait également poursuivre le père de peculio car, comme l'observe Ulpien, elle agissait alors *ex stipulatu*. (d.l. § 10.)

milias, in dominum vel in patrem, de peculio ædilitia actio competit : quamvis enim pœnales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est, eorum quoque nomine, qui in aliena potestate sunt, competere : proinde et si filiafamilias vel ancilla distraxit, æque dicendum est actiones ædilitias locum habere. (L. 23, § 4, *de ædilit. edict.*, XXI, 1.)

Citons également, dans le même ordre d'idées, l'action *rerum amotarum* donnée contre le père du chef du filius ou de la filiafamilias coupable de dol envers son conjoint. (L. 3, § 4, *Rer amot.* XXV, II)<sup>1</sup>.

En parlant des contrats ou quasi-contrats des concessionnaires, en vertu desquels l'action de peculio était donnée contre le père ou le maître, nous avons toujours supposé implicitement qu'il s'agissait de contrats ou quasi-contrats faits par les concessionnaires, postérieurement à la concession. Ainsi le veut, en effet, le fondement de l'action de peculio, laquelle, nous l'avons déjà dit, reposait sur l'engagement tacite et forcé du concédant, de prendre à sa charge dans la mesure de la valeur du pécule les obligations que le concessionnaire contracterait à l'avenir envers les tiers à raison de ses actes licites. Cet engagement ne se conçoit pas pour les obligations contractées par le concessionnaire à une époque antérieure à la concession. D'ailleurs, les personnes qui avaient contracté avec le fils ou l'esclave, à un moment où celui-ci n'avait rien entre les mains, ne pouvaient s'en prendre qu'à elles-mêmes d'avoir imprudemment

1. Après la mort de la filiafamilias ou du filiusfamilias qui s'était rendu coupable d'un vol envers son conjoint, l'action *rerum amotarum* n'était donnée de peculio, que dans les limites du profit retiré par le paterfamilias (d., l. *in fine*.)

suivi sa foi ; elles ne pouvaient alléguer, comme les créanciers d'un chef de pécule, que ce qui les avait déterminé à contracter avec le fils ou l'esclave, était la garantie que leur présentaient les res peculiares considérées comme formant, en quelque sorte, le patrimoine du concessionnaire.

Cependant, comme nous l'allons voir, l'action de peculio se donnait parfois exceptionnellement contre le père ou le maître comme sanction des contrats ou quasi-contrats faits par leurs enfants ou leurs esclaves à une époque antérieure à la concession du pécule, voire même abstraction faite de toute concession. C'est ce qui avait lieu dans l'hypothèse où un paterfamilias s'était donné en adrogation.

Bien que l'adrogation fit passer la personne et les biens de l'adrogé sous la puissance de l'adrogeant ; les dettes de l'adrogé, d'après le droit civil, sauf cependant celles qui résultaient de ses délits ou quasi-délits, se trouvaient éteintes par l'effet de la *capitis deminutio*, conséquence de l'adrogation. Aucune action ne pouvait donc être exercée contre l'adrogeant à raison des contrats ou quasi-contrats de l'adrogé antérieurs à l'adrogation. Il pouvait, par suite, en vertu des principes du droit civil, garder intact entre ses mains le patrimoine de l'adrogé, bien que celui-ci fût grevé de dettes au jour de l'adrogation<sup>1</sup>.

Pour remédier à cette situation et empêcher l'adrogeant de s'enrichir à leurs dépens<sup>2</sup>, le préteur rescindait la *capitis deminutio*, conséquence de l'adrogation et

1. Exception était faite, toutefois, pour les dettes de l'adrogé qui grevaient les hérédités acquises par celui-ci antérieurement à l'adrogation.

2. L'enquête qui, à l'origine, précédait tout adrogation rendait ce danger peu probable.

accordait aux créanciers antérieurs à l'adrogation des actions utiles et fictives contre l'adrogé.

L'adrogeant était alors tenu de prendre les fait et cause de l'adrogé sous peine de voir les créanciers en question envoyés en possession des biens de celui-ci. (Gaius, C. III, § 84, C. IV, § 38.) Mais, et c'est là l'exception que nous avons à signaler ici, certains jurisconsultes allaient plus loin et, pour atteindre plus directement le but proposé, accordaient à ces créanciers contre l'adrogeant l'action de peculio. Telle était notamment l'opinion professée par Ulpien. « In adrogatorem de peculio actionem dandam, quidam recte putant : quamvis Sabinus, et Cassius, ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant. (L. 42, *de Pec.*) »

Quelle était exactement la portée de cette dérogation ? L'action de peculio n'était-elle donnée contre l'adrogeant que s'il avait concédé un pécule à l'adrogé ; l'accordait-on au contraire abstraction faite de toute concession, en considérant le patrimoine de l'adrogé comme formant un pécule aux mains de l'adrogeant ?

La loi 42 est absolument muette sur cette question. Cependant, sous peine d'enlever tout intérêt pratique à la théorie Proculienne adoptée par Ulpien, on est conduit, ce nous semble, à opter pour la deuxième solution, et à donner l'action de peculio contre l'adrogeant, *ex ante gesto*, abstraction faite de toute concession de pécule consentie à l'adrogé. En effet, si la solution contraire eut été admise, les créanciers de l'adrogé au jour de l'adrogation, se fussent trouvés à la merci de l'adrogeant, qui eut dès lors été libre de donner ou non naissance à l'action de peculio <sup>1</sup>.

1. Sic, Acc., II, p. 463.

En résumé, nous sommes ici en présence d'une double exception aux principes généraux qui régissaient l'action de peculio puisque, dans notre hypothèse, cette action pouvait être exercée contre l'adrogeant *ex antegesto* et indépendamment de toute concession.

A l'appui de cette interprétation de la loi 42 nous pouvons invoquer la solution donnée par Paul dans la loi 52 (*de Pec.*). Dans ce texte, déjà cité, Paul reconnaît aux personnes qui ont contracté avec un esclave qui passait pour libre, le droit de poursuivre le maître par une action de peculio utile, sans qu'il y ait à rechercher si ce maître a concédé ou non un pécule à son esclave. On considérerait, nous dit-il, comme formant un pécule aux mains du maître les biens qui, au moment où l'esclave passait pour libre, formaient son patrimoine apparent. L'analogie qui existe entre cette situation et la précédente nous conduit à leur appliquer les mêmes principes. L'action de peculio donnée contre l'adrogeant *ex antegesto* était donc une action utile.

---

### CHAPITRE III

#### A QUI, CONTRE QUI, ET, DANS QUELLES CONDITIONS, L'ACTION « DE PECULIO » ÉTAIT DONNÉE

La règle générale à poser est que tout créancier du concessionnaire, en vertu des contrats ou quasi-contrats faits par celui-ci dans les limites précédemment indiquées, pouvait exercer l'action de peculio, et que tout dominus peculii, c'est-à-dire, toute personne propriétaire du pécule à un titre quelconque, était, en cette qualité, passible de cette action. De là vient, nous l'avons déjà dit, la dénomination de *scripta in rem* donnée par les commentateurs à l'action de peculio. L'âge, le sexe de celui ou de ceux auxquels appartenait le pécule, importaient peu aux créanciers du concessionnaire ; les femmes pouvaient être, en effet, valablement actionnées de peculio (l. 3, § 2, *de Pec.*), et, il en était de même de l'impubère et du curateur du furiosus. (L. 3, § 3 et § 4, *de Pec.*) Sans doute, l'impubère, même assisté de l'auctoritas de son tuteur, pas plus que le curateur du furiosus, n'avaient la faculté de concéder un pécule ; le caractère aléatoire de la concession s'y opposait. (L. 27, § 1, *de Pec.*) Mais, une fois la concession régulièrement faite, et, aussi longtemps qu'elle subsistait, toute personne qui contractait avec le concessionnaire avait pour gage les res peculiares considérées comme formant aux mains du concessionnaire une sorte de patrimoine. Bien entendu, le tuteur ou le

curateur pouvaient révoquer la concession s'ils jugeaient cette mesure utile <sup>1</sup>.

Le possesseur de bonne foi qui concédait un pécule à l'esclave devenait, par là même, passible de l'action de peculio dans la mesure de sa propriété des res peculiares. Les biens qui se trouvaient aux mains de l'esclave et provenaient *ex res possessoris vel ex operis servi* formaient donc le gage des créanciers du pécule. (L. 1, § 6, *de Pec.*) Lorsque le concessionnaire était un *filiusfamilias* ou un esclave appartenant en pleine propriété à un seul maître, l'exercice de l'action de peculio ne présentait aucune difficulté. Les res peculiares qui se trouvaient aux mains de ce concessionnaire appartenant pour la totalité au père ou au maître, celui-ci pouvait seul, dès lors, être poursuivi de peculio et *in solidum peculium*. La situation était moins nette si le concessionnaire était un esclave appartenant en pleine propriété à plusieurs maîtres, ou encore, un esclave gravé d'un droit d'usufruit ou d'usage. Contre qui et dans quelle mesure les créanciers de ce concessionnaire devaient-ils alors exercer leur action de peculio ? C'est ce que nous allons essayer de déterminer rapidement. Nous rechercherons ensuite quels étaient les droits des créanciers du pécule, à l'encontre des ayants cause à titre universel et à titre particulier du concédant.

1. Le tuteur ou le curateur pouvaient également conférer ou retirer au concessionnaire la *libera peculii administratio*. (L. 24, *de Pec.*)

§ 1. — *Action de peculio contre les copropriétaires du pécule.*

Quand le concessionnaire était un esclave appartenant à plusieurs maîtres, chacun de ces derniers, s'ils étaient également copropriétaires du pécule, pouvait être actionné in solidum peculium, c'est-à-dire que les créanciers, lorsque leur créance était égale ou supérieure à la valeur du pécule, étaient en droit de lui réclamer la valeur totale de ce pécule, qui ne lui appartenait cependant que pour partie.

Tels sont les principes qui se dégagent des textes (l. 12; l. 27; § 8; l. 29, *de Pec.*) : « Si quis cum servo duorum-pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri » (l. 27, § 8). Comment expliquer ce droit reconnu aux créanciers de réclamer à l'un quelconque des copropriétaires la valeur d'une fraction de pécule qui ne lui appartenait pas ? C'est, nous dit Ulpien, qu'il eut été injuste de contraindre les créanciers qui avaient contracté avec un seul à morceler leur action entre plusieurs :... « est enim iniquum in plures adversarios distringi eum qui cum uno contraxerit : nec hujus duntaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum, cum quo agitur, servus haberet, sed et ejus quod apud alterum. » Mais, ce motif serait insuffisant à justifier le droit reconnu aux créanciers, si le copropriétaire condamné in solidum était exposé à supporter la dette des autres, puisque, d'après les principes, le maître qui concédait un pécule à son esclave, n'était obligé vis-à-vis des créanciers que dans la mesure de sa concession. Si

le copropriétaire pouvait être condamné in solidum peculium, c'est qu'après avoir désintéressé le créancier, à concurrence de la valeur totale du pécule, il pouvait ensuite, au moyen de l'action pro socio<sup>1</sup>, ou de l'action communi dividundo, se faire rembourser par les autres maîtres, ce qu'il avait payé au delà de sa part de pécule... « Nec tamen res damnosa futura est ei, qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo, quod amplius sua portione solverit, a socio sociis ve suis consequi. » (*Loc. eod.*)

En résumé, dans un but de faveur pour les créanciers, on escomptait à leur profit le résultat de l'action en recours du dominus condamné de peculio au delà de sa part, et on leur reconnaissait le droit d'obtenir de ce dominus le paiement de la valeur totale du pécule, c'est-à-dire de contraindre ce dernier à une avance.

Nous disons qu'il y a faveur, en la circonstance, car, il ne peut être question de voir ici l'application de la règle : « Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. » (L. 15, *de Reg. jur.*, L. XVII.) Cette règle n'avait, en effet, d'autre portée que de faire considérer comme déjà réalisé le bénéfice d'une action non encore exercée par le débiteur, mais qui figurait d'ores et déjà dans son patrimoine. Ici, au contraire, le maître actionné in solidum, était considéré comme ayant déjà entre les mains le bénéfice d'une action qui, loin de figurer dans son patrimoine au jour de la condamnation, ne prenait naissance, à son profit, qu'à la suite de cette

1. Nous mettons toujours les copropriétaires et les associés sur la même ligne; les lois 19, § 2, et 27, § 8, *de Pec.* nous autorisant à faire cette assimilation.

condamnation dont elle n'était qu'une conséquence. Or, d'après les principes : « Nemo ideo obligatur quia recepturus est ab alio quod præstiterit. » (L. 71, *de Reg. jur.*, L. XVII.) Le motif qui servait à justifier la faveur accordée aux créanciers conduisait également à en régler l'étendue. Puisque le recours que le dominus condamné au delà de sa part pouvait ensuite exercer contre les autres copropriétaires, était la cause et le principe de la condamnation prononcée contre lui, en tant qu'elle dépassait sa quote-part de propriété du pécule, l'étendue de ce recours devait également lui servir de limite. D'où cette règle, que les créanciers ne pouvaient faire condamner un copropriétaire au delà de sa part de pécule, que jusqu'à concurrence de la valeur que celui-ci pouvait obtenir au moyen de son action récursoire. (L. 29, *de Pec.*)

Bien entendu, lorsque le pécule appartenait pour la totalité<sup>1</sup> au copropriétaire condamné in solidum peculium, il ne pouvait être question pour celui-ci, après avoir payé, d'exercer un recours contre les autres maîtres. En effet, retirant seul tous les bénéfices de la concession, il devait seul également en supporter les charges, et le paiement qu'il avait fait, n'avait eu d'autre

1. Le pécule appartenait, pour la totalité, à un seul des copropriétaires : 1° lorsque l'un des copropriétaires domini peculii avait vendu sa part de copropriété dans l'esclave en gardant par devers lui la fraction du pécule qui lui appartenait au jour de la vente ; 2° lorsque la concession n'avait été faite que par l'un des copropriétaires, lequel avait entendu garder pour lui seul la propriété des biens qu'il concédait en pécule ; 3° lorsque la concession était de telle nature que les biens concédés devaient rester forcément la propriété du concédant, par exemple, lorsque la concession consistait en créances ; 4° lorsque le pécule ayant été commun à l'origine, l'un des concédants avait ensuite retiré au concessionnaire la part qui lui appartenait dans le pécule (L. 16, *de Pec.*)

résultat que d'éteindre une dette qui lui était personnelle. (L. 27, § 8, *in fine*.)

Les copropriétaires passibles de l'action de peculio les uns pour les autres ne pouvaient cependant l'exercer entre eux. « Nam inter se agere socii de peculio non possunt. » (L. 20 *de Pec.*)

Pourquoi cette prohibition ? On pourrait dire, ce semble, que l'action de peculio n'ayant été instituée par le Préteur que pour venir en aide à ceux qui, à son défaut, n'auraient eu aucune action, devait être refusée comme inutile à ceux qui en avaient une leur permettant de se faire indemniser.

Telle paraît bien être la pensée exprimée par Ulpien dans la loi 49, *in fine de Pec.* Si l'action de peculio est refusée entre associés ou copropriétaires, c'est, nous dit-il, que l'action pro socio ou l'action communi dividendo leur suffit. Mais ce motif, s'il était exact, nous conduirait trop loin ; il nous obligerait, en effet, à refuser aux créanciers du concessionnaire le droit d'exercer l'action de peculio toutes les fois qu'une autre voie leur serait ouverte pour obtenir leur paiement du dominus peculii. Or, cette conséquence est nettement contredite par les textes qui reconnaissent notamment aux créanciers le droit d'opter entre l'action quod jussu et l'action de peculio.

Si l'action de peculio est refusée dans la circonstance, c'est que le pécule étant propriété commune, celui des copropriétaires qui agirait de peculio contre l'un quelconque des autres se poursuivrait en quelque sorte lui-même.

Nous trouvons dans la loi 29 *de pec.* une solution qui paraît contraire à ces principes. Gaius, supposant qu'un esclave concessionnaire a été affranchi par testament et

que le testateur a laissé pour héritiers des créanciers du pécule, reconnaît à ces derniers le droit d'agir de peculio les uns contre les autres, à concurrence de la fraction de pécule dont chacun d'eux est détenteur. Cependant ces héritiers ne sont-ils pas copropriétaires du pécule ? Il faut répondre non sans hésiter. Gaius lorsqu'il reconnaît aux héritiers le droit de se poursuivre mutuellement de peculio, se place, en effet, dans l'hypothèse d'un partage déjà effectué. En pareil cas l'esclave n'ayant jamais été commun, puisqu'il a fait l'objet d'un affranchissement testamentaire, il n'y a plus de copropriété autorisant les créanciers à poursuivre les héritiers les uns pour les autres. Le mot *vel* employé par Gaius nous montre bien que telle est l'hypothèse dans laquelle il se place. Par là en effet le jurisconsulte a donné à entendre que les cohéritiers créanciers du pécule avaient pour s'indemniser l'action communi dividundo ou l'action de peculio selon qu'ils faisaient valoir leur créance avant ou après le partage<sup>1</sup>.

§ 2. — *Action de peculio contre le nu propriétaire, l'usufruitier et l'usager.*

Quand le nu propriétaire, l'usufruitier et l'usager, usant du droit qui leur était reconnu, concédaient chacun de leur côté un pécule à l'esclave, chacun d'eux, semble-t-il, ne devait être tenu de peculio que dans la mesure de la concession par lui faite et à raison des contrats relatifs à cette concession : telle n'était pas cependant la

1. Cujas, Édit. de Naples, V, col. 441, D.

règle suivie. Sans doute, à la différence de ce qui avait lieu lorsque l'esclave était la propriété de plusieurs maîtres, le nu propriétaire, l'usufruitier et l'usager ne pouvaient être condamnés au delà de la valeur du pécule qu'ils avaient concédé; mais ils pouvaient très bien, dans cette limite être poursuivis de peculio à raison d'un contrat qui ne concernait point leur propre pécule. Les créanciers, disait-on pour justifier cette solution, n'avaient point entendu, lors du contrat fait avec le concessionnaire, limiter leur garantie à une fraction seulement des biens qui se trouvaient entre ses mains; ils avaient compté sur l'ensemble de ces biens considérés par eux, en quelque sorte, comme le patrimoine de l'esclave et avaient, en conséquence, le droit de se faire payer sur cette valeur. (L. 2, l. 19, § 1, *de Pec.*)

Ce n'est pas à dire, toutefois, que le créancier pût à son gré, poursuivre indifféremment l'un quelconque des concédants. Une semblable solution eut violé l'équité. Le créancier devait poursuivre en première ligne celui des concédants relativement au pécule duquel le contrat avait été fait; c'est seulement après cette poursuite et dans l'hypothèse où le montant de la condamnation prononcée à son profit n'avait point suffi à le désintéresser, qu'il pouvait alors agir pour le surplus de sa créance contre les autres maîtres. De cette façon, les intérêts de tous étaient sauvegardés. Si nous en croyons le texte de la loi 19 (§ 1, *in fine*), cette solution ne s'appliquait pas à l'hypothèse où le concessionnaire était un esclave dotal, auquel le mari, comme la femme, avait concédé des biens en pécule. En pareil cas, l'action de peculio, lisons-nous, se donnait toujours contre le mari sans distinction. « Sed in marito melius est dicere, simpliciter eum de peculio

teneri. » Les motifs de cette décision d'exception relative au mari nous échappent complètement, aussi ne serions-nous pas éloignés de croire avec Faber que la phrase précitée n'est qu'une interprétation de Tribonien. Ce que nous avons dit du nu propriétaire, de l'usufruitier et de l'usager s'appliquait également par identité de motifs aux différents possesseurs de bonne foi d'un même esclave qui lui avaient concédé des biens en pecule.

Notons, qu'à la différence de ce qui avait lieu pour les copropriétaires, le nu propriétaire, l'usufruitier et l'usager d'un esclave pouvaient, malgré leur qualité de concédants, agir de peculio les uns contre les autres. La raison en est qu'en se poursuivant ainsi mutuellement de peculio, ils ne pouvaient être considérés comme se poursuivant eux-mêmes, puisque le pecule qui appartenait à chacun d'eux était absolument distinct de celui des autres.

### § 3. — *Action de peculio contre les héritiers.*

Le dominus peculii mort, ses obligations de peculio passaient à la charge de ses héritiers, lesquels devenaient dès lors passibles de l'action de peculio perpétuelle ou annale selon que le pecule avait ou non survécu au de cujus<sup>1</sup>. Mais, cette action ne se donnait pas

1. L'action était toujours annale quand le concessionnaire était un filiusfamilias, puisque la mort du paterfamilias, en le rendant sui juris, mettait fin par là même à l'existence du pecule.

Quand le concessionnaire était un esclave non affranchi par le testament et du pecule duquel le de cujus n'avait pas disposé, l'action de peculio ne devenait annale que du jour où les héritiers révoquaient la concession.

contre eux dans les mêmes conditions que les autres actions héréditaires. En effet, jusqu'au jour du partage, et, par application de la règle déjà posée, les héritiers, en leur qualité de copropriétaires, pouvaient être poursuivis de peculio les uns pour les autres ; puis, le partage une fois effectué, chacun d'eux n'était tenu de peculio qu'à concurrence de la fraction de pécule par lui recueillie et, abstraction faite de sa part héréditaire : « Si cum ex parte herede domini vel patris agatur, duntaxat de eo peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit qui convenitur. » (L. 30, § 1, *de Pec.*)

Les héritiers n'étaient donc tenus de peculio qu'en leur qualité de propriétaires des res peculiares et dans la mesure de leur propriété. Partant, celui d'entre eux qui n'avait reçu dans son lot aucune fraction du pécule ne pouvait être inquiété par les créanciers du concessionnaire, tandis qu'à l'inverse, l'héritier dans le lot duquel le pécule avait été mis pour la totalité, était, dès lors, passible de l'action de peculio in solidum. Ceci nous explique pourquoi l'héritier grevé d'un fidéicommiss universel et qui avait restitué l'hérédité au fidéicommissaire ne pouvait cependant, si le pécule avait été distrait du fidéicommiss, opposer à l'action de peculio l'exception restitutæ hereditatis : « Si præcepto servo et peculio rogatus sit heres restituere hereditatem : si de peculio conveniatur Trebelliani exceptione non utetur, ut Marcellus tractans admittit : Is autem cui restituta est hereditas, non tenetur, ut Scævola ait : cum peculium non habeat, nec dolo fecerit, quo minus haberet. » (L. 1, § 8, *Quando de Pec.*)

Quid si l'héritier était le concessionnaire lui-même ? Il faut distinguer : Si ce concessionnaire était un esclave,

la règle précédente s'appliquait sans réserve; l'esclave ne pouvant être poursuivi de peculio qu'en sa qualité d'héritier. (L. 3, § 2, *de Pec.*) Il n'en était plus de même dans l'hypothèse où le concessionnaire héritier se trouvait être un filiusfamilias. Les créanciers du pécule pouvaient alors exiger de lui leur paiement intégral, ce, lors même qu'aucune fraction du pécule ne se trouvait entre ses mains. La raison en est qu'à la différence de l'esclave, le filiusfamilias, ainsi qu'il a déjà été observé, se trouvait obligé civilement envers les personnes avec lesquelles il avait contracté du vivant du paterfamilias. Seulement la dette du paterfamilias, de peculio, devant être supportée en définitive par chacun des héritiers, à concurrence de la fraction de pécule par lui recueillie, le filiusfamilias, actionné in solidum, était en droit d'exiger des créanciers poursuivants la cession de l'action de peculio qui leur appartenait contre ses cohéritiers. (L. 30, § 3, *de Pec.*; L. 18, § 5, *fam. ercisc.* X, II.)

L'action de peculio ne pouvait être exercée par un cohéritier contre ses cohéritiers, s'il n'était créancier du concessionnaire, de son propre chef, c'est-à-dire indépendamment de sa qualité d'héritier. Le dominus peculii, n'ayant pas l'action de peculio contre le concessionnaire, était en effet incapable de la transmettre à ses héritiers. (LL. 54 et 58, *de Pec.*)

La qualité de créancier personnel du concessionnaire n'autorisait même pas toujours l'héritier à poursuivre de peculio ses cohéritiers. Cette poursuite n'était admissible qu'à la condition d'être exercée après partage de la succession. La loi 29, *de Pec.*, nous l'avons déjà dit, se place dans l'hypothèse d'un partage déjà effectué et, par conséquent, ne nous contredit en rien.

§ 4. — *Action de peculio contre le légataire.*

Nous avons envisagé jusqu'ici l'hypothèse où le de cujus n'en ayant point disposé dans son testament, le pécule restait aux mains des héritiers au même titre que les autres biens héréditaires. Il y a lieu de rechercher maintenant ce que devenaient les droits des créanciers du concessionnaire quand le pécule avait fait l'objet d'un legs.

Si le légataire était l'un des héritiers, la question ne présente guère de difficulté et se confond, en quelque sorte, avec la précédente. Recueillant tout l'actif du pécule, en exécution du legs qui lui avait été fait, l'héritier, en vertu de la règle posée par la loi 30, § 1, devait en supporter tout le passif. Dès l'instant où la tradition des res peculiares lui avait été faite par ses cohéritiers, c'est donc contre lui, et contre lui seul, que l'action de peculio était donnée<sup>1</sup>. Si le pécule avait été légué à un tiers, c'est-à-dire à une personne n'ayant pas la qualité d'héritier et autre que le concessionnaire, l'action de peculio jusqu'au jour où la tradition des res peculiares avait été effectuée, s'exerçait valablement contre l'un quelconque des héritiers et *in solidum peculium*; jusque-là, en effet, le pécule était leur propriété commune. La difficulté commence si l'on suppose la tradition des res peculiares effectuée par les héritiers, au moment où les créanciers du concessionnaire voulaient faire valoir leurs droits, où encore, si l'on se place dans l'hypothèse où le légataire

1. Avant cette tradition, le pécule étant commun entre les héritiers, chacun d'eux pouvait être actionné *in solidum peculium*.

était le concessionnaire lui-même. Nous sommes alors en présence d'une controverse entre les Sabinien et les Proculien.

Les Sabinien, partant de ce principe incontesté que l'action de peculio devait suivre le pécule partout où il passait et ne pouvait être donné contre un non-propriétaire des res peculiares, déclaraient les héritiers mis hors de cause par la tradition qu'ils avaient faite au légataire. En conséquence, ils n'accordaient l'action de peculio que contre le légataire seul, ce, sans aucune distinction. (L. 1, § 7, *Quando de Pec.*) Javolenus et Cassius décidaient même que, dans l'hypothèse où l'héritier n'avait remis les res peculiares au légataire que, contre paiement d'une somme fixée par le de cujus dans son testament, l'action de peculio devait néanmoins s'exercer uniquement contre le légataire. Le paiement effectué par celui-ci entre les mains de l'héritier n'était, suivant eux, que l'accomplissement d'une condition, et la somme versée ne pouvait, par suite, être considérée comme tenant dans le patrimoine de l'héritier, la place du pécule auquel elle aurait été en quelque sorte subrogée : « At cum heres jussus est peculium dare, accepta certa summa, non videtur penes heredem esse peculium. » L. 35, *de Pec.*)

Les Proculien, au contraire, tout au moins quand le pécule n'avait pas été légué au concessionnaire lui-même, voulaient que l'action de peculio fût toujours donnée contre les héritiers, même après délivrance faite.

D'après eux, les héritiers, en remettant les res peculiares au légataire, conformément à la volonté du testateur, ne faisaient que se libérer de la *condictio ex testamento* qui pesait sur eux, *condictio* en vertu de laquelle le

légataire pouvait les contraindre à lui faire la délivrance de son legs. Cette libération leur tenait lieu de pécule et remplaçait dans leur patrimoine les res peculiares absentes. En un mot, et comme le dit très bien Pothier, les Proculiens appliquaient à notre hypothèse la maxime : « Qui s'acquitte s'enrichit. » (L. 1, § 7, *Quando de Pec.*) Ce raisonnement, on en conviendra, est d'une rare subtilité. Ulpien lui-même, tout en l'acceptant dans l'espèce, ne paraît pas l'avoir généralisé comme il devait l'être s'il était l'expression d'une vérité juridique. Nous verrons, en effet, dans un instant, qu'il n'accordait pas l'action de peculio contre le dominus qui ayant vendu l'esclave cum peculio sans se faire payer un prix spécial pour le pécule, avait livré à l'acheteur les res peculiares et l'esclave. Or, en faisant cette tradition, le vendeur s'était libéré de l'action ex empto dont il était tenu, partant, d'après la théorie Proculienne, cette libération aurait dû lui tenir lieu de pécule.

Cependant l'opinion des Proculiens paraît bien avoir eu pour elle la majorité. (L. 1, § 7, *Quando de Pec.*, l. 18, *de Pec. legat.*, XXXIII, VIII.) La question d'ailleurs ne présente guère qu'un intérêt purement théorique, le système des Sabinieniens comme celui des Proculiens laissant en définitive le passif du pécule à la charge du légataire. Les Proculiens, en effet, reconnaissaient aux héritiers le droit de se refuser à faire tradition des res peculiares au légataire, si celui-ci ne leur fournissait pas une caution les garantissant contre toute poursuite qui pourrait être exercée contre eux postérieurement à cette tradition. (L. 1, § 7 *Quando de Pec.*) Le point de départ de la théorie Proculienne faisait défaut et, partant, l'action de peculio était donnée contre le légataire, dans

l'hypothèse où ce légataire était le concessionnaire lui-même<sup>1</sup>. Le légataire se trouvant alors en possession du pécule, abstraction faite de toute tradition, il n'y avait plus, par conséquent, libération pouvant tenir lieu de pécule, et on ne pouvait accorder l'action de peculio contre les héritiers, en cette circonstance, sous peine de les exposer à supporter le passif du pécule dont ils n'avaient pas recueilli l'actif. (L. 1, § 10, *de Dote prælegata*, XXXIII, iv.)

§ 5. — *Action de peculio contre les ayants cause à titre particulier du dominus peculii.*

Quand l'esclave concessionnaire d'un pécule venait à être vendu, l'action de peculio, en sa qualité de scripta in rem, suivait en quelque sorte le pécule, et se donnait, comme dans l'hypothèse précédente, contre celui au pouvoir duquel il se trouvait, c'est-à-dire, suivant les cas, tantôt contre le vendeur, tantôt contre l'acheteur, tantôt même contre tous deux, si le pécule, à la suite de la vente, se trouvait fractionné entre leurs mains.

Telle est bien certainement la théorie qui se dégage des lois 32, 33 et 34, *de Pec.*

Lorsque, nous dit Ulpien, l'esclave a été vendu cum peculio, le maître qui a livré le pécule à l'acheteur sans en recevoir le prix, se trouve désormais à l'abri de toute poursuite de peculio même pendant l'année qui suit la vente<sup>2</sup>. La raison en est qu'il est impos-

1. A la condition, toutefois, que si ce légataire était un esclave, celui-ci ne fût pas un affranchi fidéicommissaire.

2. L'aliénation du pécule mettant fin à la concession, l'action de peculio,

sible de considérer comme ayant le pécule entre les mains le vendeur qui a livré ce pécule sans recevoir d'équivalent, car le prix de l'esclave ne tient pas lieu de pécule : « Venditor servi, si cum peculio servum vendidit, et tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio convenietur : neque enim hoc pretium servi peculium est, ut Neratius scripsit. » (L. 32, § 2.)

Si, au contraire, la valeur du pécule était entrée en ligne de compte, lors de la détermination des conditions de la vente, et, si le vendeur avait reçu de l'acheteur le prix de ce pécule dont il lui avait fait tradition, les créanciers pouvaient encore le poursuivre de peculio pendant l'année qui suivait la vente. En effet, la somme que l'acheteur lui avait versée pour prix du pécule remplaçant ce pécule dans son patrimoine ; il devait donc être considéré comme se trouvant encore propriétaire des res peculiares. Par contre, les res peculiares remises à l'acheteur en échange de son prix, ne faisant que combler dans son patrimoine le vide que le paiement de ce prix y avait laissé, il était censé n'avoir rien reçu, et les créanciers ne pouvaient le considérer comme dominus peculii. « Sed si quis servum ita vendidit, ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit. Non penes quem res peculiaris sit. » (LL. 33 et 34.)

En résumé, d'après les lois dont nous venons de donner l'analyse, l'action de peculio, ainsi que nous le disions il n'y a qu'un instant, ne se donnait contre le vendeur et

ainsi qu'il a été dit au début de cette étude, ne pouvait plus être exercée contre le vendeur que pendant un an. Il n'en était pas de même de l'action de peculio exercée contre l'acheteur. (L. 30, § 3 ; 32, § 2, *in fine*, *de Pec.*)

l'acheteur qu'en leur qualité de propriétaires des res peculiares ou de leur équivalent.

Si le vendeur ne livrait qu'une fraction du pécule mais ne recevait que le prix de l'esclave, ou encore, s'il livrait à l'acheteur la totalité du pécule dont il ne s'était fait payer qu'une partie, le pécule se trouvait, par suite, fractionné aux mains du vendeur et de l'acheteur; chacun d'eux, d'après les principes précédents, devait, dès lors, être passible de l'action de peculio à concurrence de la fraction de pécule ou d'équivalent de pécule dont il était propriétaire. Ceci nous rend compte des textes dans lesquels on reconnaît aux créanciers le droit de poursuivre à leur gré le vendeur ou l'acheteur. (L. 11, §§ 7 et 9; l. 27, § 2; l. 47, § 4, *de Pec.*) Mais il semble que l'on soit encore allé plus loin et que, dans l'intérêt des créanciers, on les ait autorisés à poursuivre de peculio le vendeur et l'acheteur, non seulement à concurrence de la fraction de pécule qui se trouvait entre leurs mains, mais, voire même, à concurrence de la totalité du pécule, à la condition d'exercer leur action intra annum venditionis. Voici l'hypothèse prévue par la l. 37, § 2, dans laquelle paraît bien se trouver formulée cette théorie : Primus copropriétaire avec Sempronius d'un esclave chef de pécule, vend à Titius sa part de copropriété dans l'esclave, ce, avant d'avoir été poursuivi de peculio, et garde par-devers lui une fraction de la quote-part de pécule qui lui appartient.

La créancier qui agira de peculio contre Titius ou Sempronius pourra-t-il leur demander compte de la fraction de pécule qui se trouve aux mains de Primus ? Il faut distinguer, nous dit Julien. Si c'est Sempronius qui est poursuivi, la négative est certaine, car Sempro-

nus, s'il payait pour Primus, n'aurait ensuite aucune action en recours contre Primus pour se faire indemniser<sup>1</sup>; si l'action est dirigée contre Titius (l'acheteur), une sous-distinction est nécessaire. La poursuite est-elle exercée post annum venditionis, la négative doit encore être admise, car, l'acheteur après avoir payé la fraction de pécule qui se trouve aux mains de Primus, n'aurait ensuite aucun recours contre lui pour se faire indemniser, puisque, post annum, ce dernier ne peut plus être actionné de peculio. Si, au contraire, l'action est exercée intra annum, l'affirmative est bien fondée et l'acheteur pourra être condamné in solidum peculium. C'est, comme on voit, à raison du recours que l'acheteur poursuivi intra annum avait alors contre le vendeur à concurrence de la valeur du pécule qu'il avait payée pour lui que les créanciers pouvaient lui réclamer l'avance de cette valeur.

Nous sommes donc en présence d'une règle analogue à celle qui régissait l'action de peculio exercée contre les copropriétaires du pécule. Les créanciers pouvaient, à leur gré, poursuivre alors le vendeur et l'acheteur. D'après Paul les créanciers auraient dû, dans tous les cas, poursuivre le vendeur ou l'acheteur in solidum peculium, puis, dans l'hypothèse où cette poursuite n'aurait abouti qu'à une condamnation partielle, agir ensuite, pour le surplus, contre le dominus non encore actionné de peculio. (L.47, § 3). Cette atténuation apportée par Paul au droit de poursuite des créanciers, atténuation qu'il considère

<sup>1</sup> Ceci suppose que Primus a retiré sa part du pécule lors de la vente, autrement le pécule serait encore commun entre lui et Sempromius et il aurait encore l'action pro socio ou l'action communi dividundo pour se faire indemniser.

comme la juste contre-partie de la faveur faite à ces derniers, auxquels on permet d'exercer encore l'action de peculio après avoir poursuivi le vendeur ou l'acheteur in solidum, cette atténuation, dis-je, est assez singulière ; elle est d'ailleurs repoussée par Gaïus qui, dans la loi 27, § 3 (*de Pec.*) reconnaît formellement aux créanciers le droit de poursuivre le vendeur et l'acheteur, chacun pour leur part, c'est-à-dire, à concurrence de la fraction de pécule qui se trouve entre leurs mains.

L'action de peculio n'était pas donnée au vendeur contre l'acheteur comme sanction des créances qu'il avait contre l'esclave antérieurement à la vente. (L. 27, § 4, *de Pec.*) La raison en est que le vendeur qui n'avait pas déduit, lors de la vente, ce qui lui était dû, avait livré trop et pouvait se faire indemniser au moyen de l'action ex empto ou de la conditio indebiti. (L. 44, § 7, *de Pec.*) Par identité de motifs, le créancier d'un esclave qui l'avait acheté, puis vendu par la suite, ne pouvait davantage exercer l'action de peculio contre son acquéreur.

Ce que nous disons des créances directes du maître contre son esclave s'applique également à celles qu'il pouvait avoir contre lui du chef des autres personnes en puissance.

L'acheteur pouvait agir de peculio contre le vendeur, intra annum venditionis, mais seulement, à concurrence de ce dont sa créance excédait la valeur du pécule ou de l'équivalent de pécule qui se trouvait entre ses mains et dont il était tenu de peculio. Ceci tient à ce que, comme nous le verrons par la suite, il était censé s'être payé lui même, à concurrence de cette fraction, dès l'instant où elle lui avait été remise.

Observons, en terminant, que tout ce qui a été dit des

effets de la vente du pécule sur les droits des créanciers du concessionnaire, s'applique également; *mutatis mutandis*, à une aliénation quelconque. (L. 47, § 6, *de Pec.*). En définitive, ainsi que nous le disions au début de ce chapitre, l'action de peculio se donnait donc contre les ayants cause à titre particulier du dominus peculii, comme contre ses ayants cause à titre universel, à concurrence de la fraction de pécule dont ils étaient propriétaires.

## CHAPITRE IV

### COMMENT SE DÉTERMINAIT LE MONTANT DE LA CONDAMNATION DE PECULIO.

D'après les Institutes dont le texte, quant au point qui nous occupe, n'est sans doute que la reproduction de celui de Gaius, le juge devant lequel est portée l'action de peculio doit tout d'abord examiner si le dominus peculii a tiré profit du contrat ou quasi-contrat fait par le demandeur avec le concessionnaire, c'est-à-dire, pour employer l'expression même des Institutes, s'il y a ou non *in rem domini verum*.

L'*in rem verum* fait-il défaut ou est-il inférieur à la créance du demandeur, alors, mais alors seulement le juge passe à l'estimation du pécule pour voir si sa valeur suffit ou non pour fournir ou compléter la somme due. « Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet an *in rem domini verum* sit; nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil *in rem domini verum* esse intelligatur, aut non totum. » (Inst., lib. IV, tit. VII, § 4, *in fine*.) Sans nous arrêter pour l'instant à la question de savoir, si la distinction ici faite entre l'*in rem verum* et le pécule, est d'une rigoureuse exactitude, examinons rapidement en quoi consiste cet *in rem verum* sur lequel doit porter en première ligne l'examen du juge de l'action de peculio.

§ 1. — *De l'in rem versum.*

Les Institutes sont loin de nous dire d'une manière précise dans quels cas il y a *in rem versum*; Justinien se borne à citer quelques exemples, en observant au préalable, qu'il y aura *in rem domini versum* toutes les fois que le concessionnaire aura fait pour le dominus une dépense nécessaire. « ... *In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus servus impenderit.* (Inst., lib. IV, tit VII, § 4.)

Cette affirmation est doublement inexacte. En effet, comme nous l'allons voir, une dépense simplement utile peut très bien faire la matière d'un *in rem versum* et, d'autre part, une dépense nécessaire ne constituera pas toujours un *in rem versum*.

Le criterium permettant de reconnaître et apprécier l'*in rem versum*, nous est donné par Ulpien. Il y a, nous dit-il, *in rem versum*, toutes les fois que le concessionnaire supposé *sui juris* aurait contre le concédant l'action de mandat ou celle de la gestion d'affaires : « *Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.* » (L. 3, § 2, *de in rem verso*. XV, III.)

Si le concédant a donné mandat au concessionnaire, l'*in rem versum* est alors déterminé par les limites mêmes du mandat et cette hypothèse ne mérite pas qu'on s'y arrête car, en pareil cas, ce ne sera pas l'action de pecu-

lio, mais bien l'action quod jussu que les tiers qui auront contracté avec le concessionnaire dirigeront contre le dominus peculii. Bornons-nous donc à examiner l'hypothèse où l'acte du concessionnaire a été accompli en dehors de tout mandat. Il n'y a in rem versum, en pareil cas, que si le concessionnaire a fait pour le dominus peculii une dépense utile et dans l'intention de l'obliger. Et tout d'abord, il faut, disons-nous, que le concessionnaire ait fait l'affaire du dominus, c'est-à-dire ait contracté dans le but d'enrichir le patrimoine de ce dernier, abstraction faite du pécule. Si le concessionnaire contractant avec un tiers en reçoit une valeur ou acquiert une créance contre lui, sans doute, cette valeur, cette créance, profitent indirectement au dominus, puisque tout accroissement du pécule correspond nécessairement à un accroissement du patrimoine du dominus peculii dans lequel il se trouve compris comme la partie dans le tout; mais, et c'est à ce point de vue qu'il faut se placer, si nous partons de la fiction en vertu de laquelle le pécule est considéré comme formant aux mains du concessionnaire une sorte de patrimoine distinct de celui du dominus peculii, l'acte du concessionnaire ayant pour but d'enrichir ce quasi-patrimoine ne présente plus les éléments constitutifs de la gestion d'affaires. Telle est bien la solution qui se dégage des textes. Un esclave, après avoir emprunté une certaine somme, la prête ensuite à un tiers. Le voilà donc devenu créancier du montant de cette somme, et cette créance est acquise immédiatement au maître. Dirons-nous qu'elle constitue pour lui un in rem versum? Tout dépend, comme l'observe Pomponius, de l'intention de l'esclave au jour du contrat. A-t-il voulu faire l'affaire du maître et a-t-il contracté dans le but de

lui acquérir une créance? Il y a *in rem versum*. A-t-il au contraire voulu simplement enrichir son pécule? C'est la solution inverse qui est exacte. (L. 3, § 5, *eod. tit.*)

Il faut décider de même et ne pas admettre l'*in rem versum*, dans l'hypothèse où le bénéfice ainsi réalisé par le concessionnaire au profit de son pécule devient ensuite, indirectement, celui du *dominus peculii*, abstraction faite de la volonté du concessionnaire, ce qui se présente notamment, quand le pécule retombe aux mains du *dominus* par suite de l'extinction de la concession. En effet, si le *dominus* réalise alors un bénéfice, on ne peut dire que ce résultat ait été le but que le concessionnaire se proposait d'atteindre au moment où il contractait. De là résulte que si l'esclave a vendu une hérédité appartenant à son maître, l'acheteur qui, après avoir payé une partie des dettes héréditaires, est évincé par le *dominus*, n'est pas fondé à prétendre que l'extinction des dettes acquittées par lui constitue un *in rem versum* si, lors de la vente, le concessionnaire n'a pas joué le rôle d'un gérant d'affaires et présenté l'hérédité comme faisant partie du patrimoine du *dominus*. (L. 7, § 4, *eod. tit.*)

La question de savoir si le concessionnaire a voulu ou non, lors du contrat, faire l'affaire du *dominus peculii* peut être parfois difficile à résoudre. Ulpien cite l'hypothèse d'un emprunt contracté par un fils de famille dans le but de payer un créancier vis-à-vis duquel il est obligé solidairement avec le *paterfamilias*. Y a-t-il alors *in rem versum*? Oui, nous dit le jurisconsulte, si la dette solidaire actuellement éteinte par le paiement du fils avait été contractée dans l'intérêt du père, non dans l'hypothèse contraire. (L. 10, § 10, *de in r. v.*)

Si le concessionnaire débiteur du *dominus peculii* lui

avait fourni un fidéjusseur et si ce fidéjusseur avait payé, il ne serait pas fondé à prétendre que son paiement constitue un *in rem versum*. En effet, en fournissant un fidéjusseur, le concessionnaire a simplement agi dans l'intérêt de son pécule. D'ailleurs, le dominus, en recevant paiement du fidéjusseur, n'a réalisé aucun bénéfice ; il n'a fait que rentrer dans ses débours. (L. 3, § 7, *de Pec.*) Ceci nous amène à parler de la deuxième condition à laquelle est subordonnée l'existence de l'*in rem versum*, savoir : la réalisation d'un bénéfice par le dominus. Il faut que l'affaire faite par le concessionnaire dans l'intérêt du dominus peculii, l'ait été utilement, c'est-à-dire ait été pour lui la source d'un enrichissement. De là vient que si le concessionnaire, après avoir emprunté une certaine somme, *animo rem domini gerendi*, la détourne de sa destination et la dissipe, le prêteur des deniers ne pourra prétendre qu'il y a *in rem versum* en alléguant l'intention du concessionnaire lors de l'emprunt. En vain le prêteur dirait-il que le concessionnaire ayant de bons antécédents, rien ne pouvait faire prévoir ce qui est arrivé. On lui répondrait, avec raison, qu'il s'est montré imprudent en ne surveillant pas l'emploi des fonds et qu'il ne serait pas juste de faire retomber sur le dominus peculii la responsabilité d'une faute à laquelle il est resté étranger. (L. 3, § 9, *de i. r. v.*)

Mais, il peut y avoir *in rem versum* sans que le bénéfice réalisé par le dominus peculii soit la conséquence directe et immédiate du contrat fait par le concessionnaire. C'est ce qui se présentera, notamment, lorsque le concessionnaire, après avoir emprunté une somme dans l'intérêt de son pécule, aura employé ensuite cette somme dans l'intérêt du dominus peculii. (L. 5, § 3, *de i. r. v.*)

Si le concessionnaire, voulant *rem domini gerere*, verse aux mains d'un créancier apparent du *dominus peculii* une somme qu'il a empruntée à cet effet, il y aura *in rem versum* à concurrence seulement de ce que le *dominus peculii* pourra obtenir de ce créancier par la *condictio indebiti*; telle est en effet la mesure de son bénéfice. (L. 3, § 4.) Il n'y a bien évidemment pas *in rem versum*, dans l'hypothèse où le *dominus peculii* dépense autant qu'il reçoit. C'est ce qui se passe, par exemple, quand celui-ci se fait payer par l'esclave pour prix de sa liberté une somme que ce dernier a empruntée; recevant en argent l'équivalent de ce qu'il perd en nature, il ne réalise alors aucun bénéfice. Ceci n'est vrai, toutefois, que si le prix payé par l'esclave représente sa valeur exacte. Si ce prix était supérieur à la valeur de l'esclave, il y aurait alors *in rem domini versum* à concurrence de l'excédant. (L. 3, *pr. de i. r. v.*)

Le montant de l'*in rem versum* varie avec la nature de la dépense faite par le concessionnaire dans l'intérêt du *dominus peculii*. S'agit-il d'une dépense nécessaire, l'*in rem versum* est alors égal à la somme dépensée par le concessionnaire; s'agit-il d'une dépense simplement utile, l'*in rem versum* peut être alors inférieur à cette somme. Si le concessionnaire a, par exemple, acheté des esclaves pour le maître et les a payés au delà de leur valeur, il y a *in rem versum*, à concurrence seulement de cette valeur. (L. 5, *pr. de i. r. v.*)

Enfin, les dépenses faites par le concessionnaire pour le *dominus peculii* sont-elles des dépenses de luxe ou voluptuaires, l'*in rem versum* est alors complètement nul.

Le caractère de la dépense s'apprécie au jour où elle a été faite, les événements postérieurs ne peuvent le mo-

difier. Si, par exemple, la maison réparée aux frais du concessionnaire vient ensuite à périr, l'*in rem versum* n'en continue pas moins à subsister. (L. 3, § 8, *de i. r. v.*) L'*in rem versum* ne peut jamais être supérieur aux débours du concessionnaire (L. 12, *de i. r. v.*); il est toujours égal à ces débours, quel que soit le caractère de la dépense faite par le concessionnaire dès l'instant où le *dominus peculii* l'a ratifiée. (L. 3, § 6, h. t.)

La dernière condition nécessaire à l'existence de l'*in rem versum* est l'*animus peculii dominum obligandi*, de la part du concessionnaire.

Si le concessionnaire avait agi *donandi animo*, le créancier, quel que soit le bénéfice réalisé par le *dominus peculii*, ne pourrait se prévaloir d'un *in rem versum*. (L. 10, § 2, *de i. r. v.*)

Cependant, il ne doit pas être permis au concessionnaire de frustrer les créanciers et de changer d'intention à leurs dépens. Lors, par exemple, qu'il désintéresse *animo donandi*, un créancier du *dominus peculii*, après avoir emprunté pour être employés *animo dominum obligandi*, les deniers qui ont servi au paiement, il y a néanmoins *in rem versum*. (L. 7, § 1, *de i. r. v.*)

Observons, en terminant, que l'*in rem versum* n'ayant d'autre base que la créance née au profit du concessionnaire à raison de l'enrichissement qu'il avait procuré au *dominus peculii*, devait nécessairement disparaître avec sa cause. Il s'éteignait donc, dès l'instant où le concessionnaire perdait sa qualité de créancier du *dominus peculii*, ce qui se présentait toutes les fois que le *dominus peculii* réglait ses comptes avec le concessionnaire, en lui payant ce qu'il lui devait<sup>1</sup> (L. 10, § 6, *de i. r. v.*) ou encore

1. Il y avait lieu à cet égard de rechercher si le *dominus peculii*, en

quand ce dernier acquérait contre le dominus peculii une créance compensatrice. (L. 10, n° 8, *de in rem vers.*)

Connaissant, maintenant, en quoi consiste l'in rem versum, reste à rendre compte du texte des Institutes qui semble en faire une valeur à part distincte du pécule, et aussi, à déterminer l'intérêt que les créanciers pouvaient avoir à en prouver l'existence.

Et tout d'abord, l'in rem versum constitue-t-il une valeur indépendante du pécule ?

La négative nous paraît bien fondée. L'in rem versum en effet, s'analyse en un enrichissement du dominus peculii par le fait du concessionnaire qui acquiert ainsi une créance contre ce dominus. Dès lors, cette créance fait partie du pécule et en grossit l'actif, au même titre que celles que le concessionnaire peut avoir contre les tiers. Telle est bien, ce semble, la théorie professée par Ulpien et Paul dans les lois 1, §§ 2 et 19 *in fine* (*de i. r. v.*), théorie qui nous rend compte des expressions employées par Justinien : « Tamen licet una actio sit, » etc. Du moment où l'in rem versum est une fraction du pécule, le créancier en agissant de peculio, agit en même temps de in rem verso. Mais pourquoi Justinien nous parle-t-il de deux condamnations distinctes, l'une de peculio, l'autre de in rem verso ? C'est qu'il n'est pas vrai de dire d'une manière absolue que l'in rem versum est toujours une fraction du pécule. Ceci n'est exact qu'à l'égard du créancier dont les deniers ont été employés au profit du dominus peculii ; lui seul, en agissant de peculio, agit par là même de in rem verso. L'in rem versum ne fait point partie du pécule au regard des autres

remettant une somme au concessionnaire créancier, avait voulu lui faire un paiement ou une donation. (L. 10, § 7, *de in rem verso.*)

créanciers du concessionnaire. On a voulu avec raison que celui-là seul fût admis à s'en prévaloir qui, par l'intermédiaire du concessionnaire, avait enrichi le dominus peculii. « Item si plures agant de peculio, proficere hoc ei cujus pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiorem actionem habeat. » (L. 1, § 2, *de i. r. v.*).

Voici donc déjà un grand avantage pour le créancier, en mesure de prouver l'existence d'un *in rem versum* réalisé de son chef par le dominus peculii. Cette valeur forme son gage exclusif.

De plus, à la différence de ce qui a lieu pour celle des *res peculiares*, ainsi que nous le verrons par la suite, cette valeur ne peut être diminuée à raison des créances que le dominus peculii peut avoir contre le concessionnaire.

A côté de ces deux avantages nous devons encore en mentionner un troisième.

Le créancier du concessionnaire qui ne peut se prévaloir d'un *in rem versum*, n'a d'action contre le dominus peculii, nous l'avons déjà dit, que pendant la durée de la concession et pendant une année utile après sa disparition; l'expiration de ce délai met fin à son droit d'agir. Au contraire, celui qui a procuré un *in rem versum*, au dominus peculii peut le poursuivre valablement à concurrence de cet *in rem versum* et tant qu'il subsiste, encore que le pécule ait disparu depuis plus d'un an ou ait été retiré sans dol au concessionnaire<sup>1</sup>.

Disons-nous que le créancier qui réclame l'*in rem ver-*

1. Rappelons que l'action de *peculio* ne pouvait plus être exercée contre le père ou le maître dès l'instant où celui-ci avait révoqué la concession sans dol.

sum au dominus peculii, plus d'un an après l'extinction du pécule, ou, postérieurement à la révocation de la concession faite sans dol, exerce encore l'action de peculio, ou faut-il, au contraire, admettre qu'il exerce alors une action spéciale de in rem verso.

La première opinion peut s'appuyer sur le texte des Institutes d'après lequel le créancier, sans distinction aucune, ferait toujours valoir son droit par une seule et même action « de peculio deque eo quod in rem domini » versum est. » (Lib. IV, tit. VII, § 4,) On peut encore invoquer dans le même sens, la loi 19 de in rem verso dans laquelle Paul, supposant que le créancier fait valoir ses droits plus d'un an après la mort du concessionnaire, nous dit qu'il réclame alors l'in rem versum sous forme d'adjectio à l'action de peculio.

Cependant, la deuxième opinion nous paraît préférable. Dès l'instant où la concession est éteinte depuis plus d'un an ou a été retirée sans dol, l'action de peculio est éteinte. Le droit d'agir du créancier a dès lors sa cause et sa mesure dans l'in rem versum, et, nous ne comprenons pas comment il pourrait réclamer cet in rem versum sous forme d'adjectio à une action qui n'existe plus. Il faut donc reconnaître l'existence d'une action de in rem verso indépendante de l'action de peculio et ayant son utilité spéciale ainsi que le dit très nettement Ulpien. « Nec videtur frustra de in rem verso actio permissa, quasi sufficeret de peculio : rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit, et cesset de peculio actio : quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid, si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit? De in rem verso namque actio perpetua est, et locum habet, sive

ademit sine dolo malo, sive actio de peculio anno finita est. » (L. I, § 2, *de in rem versum*.)

En résumé, si l'in rem versum peut être réclamé au dominus peculii au moyen d'une adjectio à l'action de peculio, c'est simplement, à raison de ce fait, que, vis-à-vis du créancier dont les deniers ont tourné au profit du dominus peculii, l'in rem versum fait partie du pécule à titre de créance du concessionnaire. Le droit pour le créancier de se faire payer l'in rem versum est en effet fondé sur une idée différente de celle qui sert à motiver l'action de peculio. Cette idée, c'est qu'il ne doit pas être permis au père ou au maître de s'enrichir aux dépens des créanciers du concessionnaire. Aussi l'action de in rem verso pouvait-elle être exercée contre le père ou le maître, abstraction faite de toute concession de pécule <sup>1</sup>.

L'in rem versum une fois prouvé, le juge de l'action de peculio condamnait le dominus peculii à en payer la valeur au demandeur, à concurrence de sa créance. Mais, à la différence de ce qui avait lieu pour les res peculiares proprement dites, le défendeur ne pouvait être contraint à tenir compte au demandeur d'un in rem versum réalisé au profit de son copropriétaire.

Supposons l'in rem versum nul ou tout au moins inférieur à la créance du demandeur à l'action de peculio, et voyons sur quelles bases doit alors se faire l'estimation du pécule et ce que comprend ce pécule.

1. Elle était même donnée, semble-t-il, à raison des contrats ou quasi-contrats fait par une personne sui juris.

§ 2. — *De l'estimation du pécule.*

Le pécule doit s'estimer au jour du jugement. Sa valeur à cette époque détermine donc le montant de la condamnation de peculio sans qu'il y ait à se préoccuper de celle qu'il pouvait avoir au jour de la litis contestatio. Les variations que le pécule peut éprouver entre le jour de la litis contestatio et celui du jugement sont, par suite, à la charge ou au profit du demandeur. Ce principe conduit Ulpien à décider que l'action *de peculio* est régulièrement intentée pourvu que la créance du demandeur existe au moment de la litis contestatio, et, lors même que le pécule ne comprendrait rien à cette époque : « Quæsitum est an teneat actio de peculio; etiam si nihil sit in peculio, cum ageretur, si modo sit rei judicatæ tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri aiunt : intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit : quæ sententia et a nobis probanda est. » (L. 30, pr. *de Pec.*) Le jurisconsulte en conclut que si le dominus peculii se cache dans le but de se soustraire aux poursuites des créanciers, ceux-ci, lors même que l'actif du pécule serait nul au jour de la demande, seront cependant en droit de se faire envoyer en possession des biens de ce dominus et de les faire vendre. « Si quis actione de peculio filii vel servi nomine, conveniri possit : si latitet, eo jure utimur ut possint bona ejus possideri et venire, tametsi nihil fuerit in peculio; quia esse potest. Et rei judicatæ tempus spectamus utrum sit, an non sit; et quod teneat actio, etiamsi

nihil in peculio fuerit. » (L. 7, § 15 *Quib. ex caus.* XLII, iv.) Le pécule pouvant comprendre des biens au jour du jugement, Ulpien n'admet pas que le dominus peculii ait le droit de se soustraire par la fuite à l'éventualité d'une condamnation.

Cependant Papinien déclare l'envoi en possession inadmissible, si, à l'instant où la poursuite est exercée contre le dominus peculii, le pécule ne comprend aucun actif. La raison en est, dit-il, qu'aucune condamnation ne pourrait être prononcée contre le dominus peculii au moment où il se dérobe. On ne peut, ajoute-t-il, objecter à cette solution la possibilité d'une condamnation prononcée à tort par le juge de l'action de peculio. Cette éventualité, en effet, ne suffit pas pour imprimer un caractère frauduleux à l'acte du dominus ; autrement il faudrait, pour être logique, décider de même dans l'hypothèse où le débiteur à terme ou sous condition se déroberait aux poursuites exercées contre lui avant l'échéance du terme ou la réalisation de la condition. « Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat : in bonorum possessionem ejus, rei servandæ causa, mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum : quia non fraudationis causa latitat, qui si judicium acciperet absolvi deberet. Nec ad rem pertinet, quod fieri potest ut damnatio sequatur : nam et si in diem vel sub conditione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare, tametsi potest judicis injuria condemnari. » (L. 50, pr. *de Pec.*)

Comment concilier ces textes ? Plusieurs explications nous sont proposées. D'après Accurse, Papinien se placerait dans l'hypothèse où l'action est intentée après la mort du concessionnaire. En pareil cas, en effet, il est

bien certain que si le pécule ne comprend aucun actif au jour de la demande, il en sera nécessairement de même au jour du jugement. Ulpien, au contraire, supposerait que l'action de peculio est intentée du vivant du concessionnaire, ce qui rend admissible l'existence d'un actif au jour du jugement bien que le pécule ne comprenne rien au jour de la poursuite.

Mais, nous ne voyons dans la loi 50 aucun indice de la situation spéciale à laquelle ce texte s'appliquerait si l'explication donnée par Accurse était fondée.

Nous n'admettons pas davantage la deuxième conciliation proposée par le même jurisconsulte et, d'après laquelle, la loi 50 (*de Pec.*), à la différence de la loi 7, § 15, (*quib ex caus.*), supposerait que le père se cache avant l'époque de la litis contestatio. Il suffit de lire cette loi, pour se convaincre qu'elle se place comme la loi 50 dans l'hypothèse où il n'y a pas encore eu lis contestata.

Cujas<sup>1</sup>, qui écarte les deux explications précédentes, en propose une troisième. D'après lui, Papinien, en rédigeant la loi 50, n'aurait pas songé à l'hypothèse où un actif surviendrait au pécule postérieurement à l'époque de la litis contestatio. Ceci revient à dire que la solution donnée par Ulpien est la seule exacte et que Papinien était trop bon jurisconsulte pour ne pas l'admettre. L'argumentation est, on en conviendra, peu probante. Mieux vaut reconnaître franchement la contradiction des textes précités et y voir l'indice d'une controverse entre Sabinien et Proculien, controverse sur l'existence de laquelle les termes employés par Ulpien dans la loi 30, ne laissent aucun doute.

1. IV, col. 498. A.

Papinien, suivant en cela l'opinion Sabinienne, n'admettait pas que l'action de peculio pût être régulièrement intentée au moment où le pécule ne comprenait aucun actif. Ulpien et les Proculiens, au contraire, s'appuyant sur la règle suivie en matière d'actions in rem et ad exhibendum, considéraient comme régulière une poursuite exercée dans ces conditions. L'action de peculio étant une action in personam, la première opinion nous paraît préférable.

La règle suivant laquelle le pécule s'estimait au jour du jugement, souffrait exception dans l'hypothèse où le concessionnaire venait à mourir au cours de l'instance. En pareil cas le pécule s'appréciait au *dies mortis*. (L. 57, pr. de Pec.)

Mais ceci doit-il s'entendre d'une façon absolue et, faut-il dire que la valeur de pécule est déterminée d'une manière immuable au jour de la mort du concessionnaire, sans qu'il y ait à tenir compte des accroissements ou des pertes que le pécule pourra subir par la suite? Nous ne le croyons pas. Le créancier qui exerce l'action de peculio annale profite ou pâtit des variations de valeur subies par les res peculiares à dater de l'extinction de la concession (L. 3, *Quando de Pec.*, XV, 11); or, il n'y a pas de bonne raison pour donner une solution différente quand il s'agit de l'action de peculio perpétuelle.

Le pécule, nous le savons, peut comprendre des créances; condamner le dominus peculii à payer aux créanciers la valeur nominale de ces créances serait contraire à l'équité; il y a lieu, en effet, de tenir compte des frais de recouvrement ainsi que des pertes occasionnées par le manque de solvabilité des débiteurs et par les délais inséparables de toute instance. De là le

droit reconnu au dominus peculii d'éviter une condamnation, à concurrence de la valeur des créances du concessionnaire contre les tiers, en abandonnant au demandeur à l'action de peculio le droit d'exercer ces créances. (L. 51, *de Pec.*) Ce n'est pas à dire, toutefois, que le dominus peculii soit toujours en droit de se soustraire à une condamnation de peculio en abandonnant aux créanciers du concessionnaire les créances de ce dernier contre les tiers.

Cette faculté d'abandon ou de cession, pour parler plus exactement, ne lui appartient que si le pécule, abstraction faite des créances en question, est insuffisant pour désintéresser le demandeur à l'action de peculio. Tout ce que la loi a pu vouloir, c'est éviter au dominus peculii l'obligation de tenir compte aux créanciers d'une valeur supérieure à l'actif réel du pécule; mais il ne peut être permis à celui-ci de payer en créances ce qu'il est à même de payer en nature.

Les valeurs qui figurent effectivement dans le pécule au jour du jugement ne sont pas les seules dont le dominus peculii doive compte aux créanciers du concessionnaire. Le pécule est encore censé comprendre ce qui s'y trouverait en réalité au jour du jugement si le dominus peculii ne s'était pas rendu coupable d'un dol. « Summa cum ratione etiam hoc peculio Prætor imputabit, quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset. » (L. 21, pr. *de Pec.*) Que le dol ayant eu pour résultat une diminution de l'actif du pécule ait été commis par le dominus peculii avant ou après la litis contestatio, il n'importe. La règle est toujours la même. « Sive autem post judicium acceptum, sive ante dolo factum sit, continetur officio judicis. » (L. 21, § 3, *de Pec.*) C'est ainsi, notamment, que dans l'hypothèse où

le dominus peculii, actionné du chef d'un esclave concessionnaire, vend ce dernier au cours de l'instance, il sera condamné à payer au créancier poursuivant, outre la valeur des biens que comprenait le pécule lors de la vente, celle de ceux que le concessionnaire a acquis chez son nouveau maître et qui seraient devenus la propriété du défendeur si l'aliénation n'avait pas eu lieu. (L. 43, *de Pec.*; l. 23, *de Act. empt.*, XIX, 1.) Le dominus peculii commet un dol, non seulement quand il retire au concessionnaire tout ou partie du pécule dans le but frauduleux de diminuer ainsi le gage de ses créanciers, mais encore quand il ne met aucun obstacle aux dissipations du concessionnaire... « Sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, Mela scribit dolo malo ejus factum. » (L. 21, pr. *de Pec.*) Il en est différemment dans l'hypothèse où le dominus peculii diminue l'actif du pécule par un paiement fait à l'un des créanciers du concessionnaire. Ce faisant, en effet, il acquitte une dette et ne peut être considéré comme se rendant coupable d'un acte frauduleux. (L. 21, *eod loc.*)

Le pupille, le furiosus, propriétaires d'un esclave chef de pécule, subissent les conséquences du dol commis par leur tuteur ou curateur.

Laisser les créanciers du pécule désarmés contre le dol de ces personnes serait aussi injuste que contraire aux intérêts bien entendus du pupille ou du furiosus; personne, en effet, ne consentirait à contracter avec le concessionnaire dans de semblables conditions. Le dol du procurator réfléchit également contre le dominus peculii, ce par a fortiori de la décision précédente, car, à la différence du tuteur ou du curateur, le procurator est

choisi librement par celui dont il doit défendre les intérêts. (L. 21, § 1, *de Pec.*)

Si le dol du tuteur, du curateur ou du procurator ne doit pas nuire aux créanciers du pécule, il ne faut pas non plus qu'il devienne pour le pupille, le furiosus ou le dominus une source de ruine. De là cette règle, qu'on ne considérera comme compris dans le pécule, comme en ayant été retiré dolo, que le profit retiré de ce dol par le pupille, le furiosus ou le dominus, ou ce qu'ils pourront recouvrer par leur action récursoire. (L. 21, *loc. eod.*)

L'acheteur poursuivi de peculio n'est pas responsable du dol commis par le vendeur, à moins qu'il n'en ait profité. Dans ce dernier cas il n'en est tenu que dans la limite de son enrichissement. Ceci doit être étendu à toute personne poursuivie de peculio en qualité d'ayant cause du dominus peculii et à l'encontre de laquelle on invoque le dol commis par ce dernier. Il n'y a même pas de distinction à faire, à ce point de vue, entre les ayants cause à titre universel et les ayants cause à titre particulier. (L. 30, § 7, *de Pec.*) Mais, bien entendu, les uns comme les autres sont responsables de leur dol personnel. (L. 31, *de Pec.*)

Quand l'action de peculio était exercée en vertu d'un contrat de bonne foi, le dol du dominus peculii était réprimé d'une manière particulièrement sévère. L'adjectio y relative, ainsi que le dit Ulpien, était alors rédigée en termes spéciaux.

Ce n'était plus, en effet, comme pour les autres actions, l'adjectio : « Si quid dolo malo domini (vel patris) factum est quo minus in peculio esset. » (L. 21, pr. *de Pec.*; l. 4, pr. *quand. de Pec.*, XV, 11), qui figurait dans la formule, mais bien l'adjectio. « Si quid dolo malo domini

(vel patris) captus fraudatusque actor est. » (L. 36, *de Pec.*) Le dominus peculii ne devait donc point seulement compte aux créanciers du dol par lui commis et ayant eu pour résultat de diminuer l'actif du pécule. Il devait compte de son dol, d'une manière générale, et, lors même que ce dol n'avait eu aucune influence sur la composition de l'actif du pécule. Cette règle, lorsque l'action, exercée de peculio en vertu d'un contrat de bonne foi, tendait à la restitution d'un corps certain qui se trouvait en nature aux mains du dominus peculii ou en celles du concessionnaire, garantissait au demandeur condamnation in solidum, c'est-à-dire, un désintéressement intégral. Qu'on suppose, par exemple, l'action depositi directa exercée contre le dominus peculii pour lui réclamer la res deposita qui, par hypothèse, se trouve en nature entre ses mains ou en celles du concessionnaire au jour de la poursuite; sans doute, cette res deposita ne fait point partie du pécule, puisqu'elle est restée la propriété du déposant, et, cela est si vrai, que, si elle est la seule valeur qui se trouve aux mains du concessionnaire, une condamnation de peculio est impossible (L. 38, pr. *de Pec.*); il ne peut donc être question pour le créancier de prétendre que le dominus peculii qui se refuse à restituer la res deposita diminue, par là même, l'actif du pécule. Mais, ce faisant, le dominus se rend coupable d'un dol, puisque, se trouvant en mesure de restituer la chose réclamée, il se refuse à le faire et, en vertu de l'adjectio énoncée plus haut, il doit être condamné à payer au créancier le montant du préjudice que lui cause ce dol, c'est-à-dire le montant de la valeur de la res deposita. Ce raisonnement, nous l'avons dit par avance, trouve son application toutes les fois que le dominus peculii actionné de peculio, en

vertu d'un contrat de bonne foi tendant à la restitution d'un corps certain, se refuse à faire cette restitution, alors qu'il se trouve en mesure de donner satisfaction au créancier. Cependant, l'adjectio en question paraît n'avoir été admise à l'origine que pour le contrat de dépôt. (L. 36, *de Pec.*)

Lorsque dans une précédente condamnation de peculio prononcée contre le dominus peculii; il a été tenu compte du dol de celui-ci, c'est-à-dire lorsque le dominus peculii a été condamné à payer : 1° l'actif réel du pécule au jour du paiement; 2° la valeur qui se serait trouvée ajoutée à cet actif si aucun dol n'avait été commis; on ne peut plus invoquer une deuxième fois ce même dol à l'encontre du dominus peculii lors d'une poursuite nouvelle dirigée contre lui de peculio. « Si semel ex ea causa, id est quod dolo fecerit, dominus præstiterit de peculio conventus, cæteris ex eadem causa nihil præstabit. » (L. 26, *de Pec.*) La raison en est que la solution inverse aboutirait à faire payer deux fois la même dette par le dominus peculii, ce qui serait contraire à toute justice. (L. 48, *de Verb. oblig.*, XLV, 1; l. 57., *de Reg. jur.*, L, xvii.) Le dominus peculii ne devait compte de son dol aux créanciers que pendant un laps de temps égal à celui dans lequel était renfermé le droit d'exercer l'action de dol, c'est-à-dire, pendant une année utile, à l'époque classique, et pendant deux années continues à dater la réforme de Constantin. (L. 30, § 6, *de Pec.*; l. 8, *de Dol. mal.*, IV, 3.)

§ 3. — *Du passif du pécule et du droit de deductio  
reconnu au dominus peculii.*

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de l'actif du pécule, il nous reste à examiner son passif et à rechercher dans quelle mesure ce passif était opposable au créancier qui exerçait l'action de peculio.

Les dettes du concessionnaire, à ce point de vue, doivent se partager en deux classes : 1° celles dont il est tenu envers toute personne autre que le dominus peculii ; 2° celles dont il est tenu envers ce dernier.

Les premières ne sont pas, en principe, opposables au poursuivant. La préférence, nous dit Gaius, appartient au premier occupant ; c'est-à-dire, à celui qui le premier a obtenu condamnation. Le juge, au moment où il prononce la condamnation de peculio au profit du demandeur, n'a donc aucun compte à tenir des dettes du concessionnaire envers un autre créancier exerçant à cette époque l'action de peculio contre le dominus peculii mais n'ayant pas encore obtenu condamnation : « Si vero adhuc in suspenso est prius iudicium de peculio et ex posteriore iudicio res judicaretur, nullo modo debet prioris iudicii ratio haberi in posteriore condemnatione, quia in actione de peculio occupantis melior est conditio : occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis per venit. » (L. 10, *de Pec.*)

Cependant, le juge doit tenir compte des créances autres que celles du poursuivant, lors même qu'elles ne sont pas encore sanctionnées par une condamnation, si ces

créances se trouvent être préférables à celles du poursuivant. Il est de règle, en effet, que les créanciers du pécule soient payés selon leur rang, les créanciers privilégiés venant en première ligne.

Pour assurer le payement dans cet ordre, le juge statuera d'abord sur la demande du créancier privilégié, ou encore, sans surseoir au jugement à rendre sur la demande formée de peculio par un créancier chirographaire, ne prononcera condamnation de peculio à son profit que s'il lui fournit caution garantissant qu'il restituera ce qu'il a reçu, si des créanciers privilégiés viennent à se présenter par la suite. « Si dos filiofamilias sit data, vel tutelam administraverit, habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio : dilata interim cæterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant qui privilegium non habent, restitutum iri, quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii. » (L. 52, § 1, *de Pec.*)

A la différence des précédentes, les créances du dominus peculii contre le concessionnaire étaient toujours opposables aux créanciers poursuivants ; lors même que la créance de ces derniers était privilégiée. « Nullum privilegium præponi patri vel domino potest cum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur. » (L. 52, pr.) En d'autres termes et, comme le dit Ulpien, le pécule, au regard des tiers créanciers du concessionnaire, ne comprenait que la valeur des res peculiares, déduction faite du montant des créances du dominus peculii. (L. 5, § 4 ; l. 9, § 2, *de Pec.*) Quelle est la raison d'être de ce privilège accordé au dominus peculii d'être payé avant tous autres créanciers du pécule ?

D'après une première explication donnée par Ulpien,

le dominus peculii, serait censé avoir pris les devants et avoir le premier exercé des poursuites contre le concessionnaire : « Quia prævenisse et cum servo tuo egisse creditur. » (L. 9, §§ 2 et 3, *de Pec.*) Il ne faudrait donc voir ici qu'une application de la loi du premier occupant, dont nous parlions il n'y a qu'un instant. Mais, outre qu'il y a quelque chose de choquant à fonder le privilège du dominus peculii, sur une fiction en vertu de laquelle on considérerait comme acquis à son profit le bénéfice d'une condamnation irréalisable, la loi du premier occupant serait impuissante à justifier ce privilège. En effet, la loi du premier occupant n'est pas opposable aux créanciers privilégiés tandis que la créance du dominus peculii passe avant toute autre ; de plus, il ne peut être question de poursuite exercée de peculio comme sanction de créances antérieures à la concession et cependant le dominus peculii déduit très régulièrement ces créances.

Le véritable motif du privilège reconnu au dominus peculii, motif donné d'ailleurs également par Ulpien (L. 9, § 4), est que, dès l'instant où le dominus peculii devient créancier du concessionnaire, il est censé se payer immédiatement ce qui lui est dû. Ce paiement étant régulier ne peut dès lors être critiqué par les créanciers du concessionnaire quels qu'ils soient.

Le droit de deductio, avons-nous dit, appartient au dominus peculii, quelle que soit l'époque à laquelle sa créance a pris naissance. (L. 52, pr.) Il n'y a pas à distinguer davantage selon que l'esclave concessionnaire est ou non sa propriété au jour où l'action de peculio est exercée contre lui. Le droit de deductio lui appartient, lors même qu'il n'aurait jamais été le maître de cet esclave. Ulpien est formel à cet égard. Lors, nous dit-il, qu'un créancier

de l'esclave concessionnaire est devenu l'héritier du dominus peculii, le droit de deductio lui appartient, sans qu'il y ait à rechercher si l'esclave a été ou non affranchi, s'il a fait ou non l'objet d'un legs. L'héritier est censé avoir pris les devants et s'être payé lui-même, bien que, cependant, au cas d'affranchissement ou de legs pur et simple de l'esclave, il n'en ait jamais été propriétaire. « Sed et creditor servi, qui heres extitit domino ejus, deducet de peculio, quod sibi debetur si conveniatur, sive libertatem servus acceperit sive non. Idem et si legatus sit pure servus : nam quasi prævenerit et ipse secum egerit sic deducet quod sibi debetur, licet nullo momento dominium in manumisso vel legato pure habuerit. » (L. 9, § 5, *de Pec.*) Étant donné le fondement sur lequel repose le privilège de deductio reconnu au dominus peculii, cette solution s'imposait. Il n'y avait pas, en effet, de bonne raison pour refuser à ce dernier, quand il était actionné de peculio, le droit de deductio, sous prétexte que l'esclave concessionnaire n'était et n'avait jamais été sa propriété. Dès l'instant où les res peculiares tombent en son pouvoir, l'héritier a le droit de prélever sur leur valeur ce qui lui est dû et, dès lors, doit être réputé l'avoir déjà exercé au jour où les créanciers l'actionnent de peculio.

La seule objection que l'on pourrait être tenté de faire à cette solution consisterait à dire que du jour de l'adition d'hérédité, la créance de l'héritier se trouve éteinte par confusion.

Mais, outre que cette objection, à la supposer fondée, s'appliquerait aussi bien à l'héritier propriétaire qu'à l'héritier non-propriétaire de l'esclave chef de pécule, nous devons l'écarter comme contraire aux principes.

Celui qui, en vertu d'un contrat ou quasi-contrat intervenu entre lui et le concessionnaire, devient créancier de ce dernier, devient, par le fait même, créancier du dominus peculii. Il acquiert donc en réalité deux créances, l'une civile ou naturelle contre le concessionnaire, l'autre Prétorienne contre le dominus peculii ; or, sa créance contre le dominus est la seule qui s'éteigne par confusion au jour de l'adition d'hérédité, l'autre subsiste toujours et c'est elle qu'il déduit du pécule dont il est devenu propriétaire.

Sans insister davantage sur ce sujet, voyons rapidement, avec les textes, quelles sont les créances que le dominus peculii poursuivi de peculio est en droit de faire valoir par voie de deductio. D'une manière générale, ces créances sont toutes celles que le dominus peculii peut avoir contre le concessionnaire, sans qu'il y ait à se préoccuper, ni de la date à laquelle elles ont pris naissance, ni de leur origine<sup>1</sup>. Ce que nous disons de la date de la créance résulte de l'ensemble des textes relatifs à la matière et, notamment, de la loi 9 précitée ; seulement, remarquons-le bien, le dominus peculii actionné de peculio ne peut faire valoir par voie de deductio les créances nées à son profit contre le fils ou l'esclave depuis l'époque où ceux-ci ont cessé d'être en sa puissance.

C'est ainsi que les créances acquises par le dominus peculii contre l'esclave concessionnaire postérieurement à la vente de celui-ci, ne pourront être déduites du pécule lors de la poursuite. (L. 47, § 5, *de Pec.*)

1. Rappelons que le dominus peculii devenait créancier naturel du concessionnaire toutes les fois que le concessionnaire supposé sui juris serait devenu son débiteur ex causa civili. (L. 4, § 1, *de Pec.*)

La vente une fois réalisée, le vendeur perd sa qualité de dominus vis-à-vis de tous ceux qui pourront par la suite contracter avec l'esclave vendu; ceux-ci n'auront d'action, s'il y a lieu, que contre le nouveau maître; or, puisque les créances acquises par les tiers contre l'esclave concessionnaire postérieurement à la vente ne sont pas opposables au vendeur; il faut, sous peine de tomber dans une contradiction flagrante, refuser à ce vendeur la faculté de se prévaloir, au préjudice des tiers en question, d'une qualité que ceux-ci ne seraient pas en droit de lui opposer. (L. 38, § 3; l. 47, § 5, *de Pec.*) Toute créance du dominus peculii contre le concessionnaire, avons-nous dit, peut faire l'objet de la deductio, quelle que soit son origine. Que cette créance résulte d'un contrat ou d'un quasi-contrat; qu'elle résulte d'un délit ou quasi-délit, il n'importe; la règle est toujours la même; seulement, si la créance a son origine dans un fait délictueux du concessionnaire, si elle est née, par exemple, d'un vol commis par celui-ci au préjudice de dominus peculii, il y a lieu de se demander si la deductio doit s'appliquer seulement à la perte éprouvée par le dominus ou s'il faut l'étendre tout ensemble au montant de la valeur du préjudice causé et au montant de la peine encourue par le délinquant.

Ulpien n'admet la deductio que jusqu'à concurrence du préjudice causé et, avec raison, ce nous semble, car, la solution contraire aurait ce résultat injuste de permettre au dominus peculii de réaliser un bénéfice au détriment des tiers créanciers du pécule. (L. 9, § 6, *de Pec.*)

Si l'action de peculio est intentée contre un héritier, celui-ci est en droit de déduire du pécule dans les mêmes

conditions, ce que l'esclave concessionnaire a soustrait de l'hérédité avant l'adition, ou ce dont il a diminué l'actif de cette hérédité par destruction ou détérioration des bona hereditaria. (L. 27, § 1, *de Pec.*)

Le dominus peculii actionné de peculio peut également déduire du pécule ce que l'esclave concessionnaire s'est engagé à lui payer pour prix de sa liberté, pourvu, toutefois, que l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire l'affranchissement de l'esclave, ait donné naissance à la créance qu'il invoque. (L. 11, § 1, *de Pec.*) Comme exemple de créance pouvant être recouvrée par voie de deductio, on peut encore citer avec Ulpien, l'hypothèse où l'esclave concessionnaire s'étant blessé volontairement, le dominus peculii a fait des frais pour obtenir sa guérison. (L. 9, § 7, *de Pec.*) La créance du dominus peculii, remarquons-le bien, est alors la conséquence de la faute de l'esclave. Si la blessure de ce dernier était indépendante de sa volonté, le dominus peculii, en lui faisant donner des soins, n'aurait fait que veiller à ses propres intérêts et n'aurait acquis de ce chef aucune créance.

Le dominus peculii donne mandat à un tiers de prêter une certaine somme au concessionnaire, ou encore s'engage envers un créancier du concessionnaire à lui payer ce que ce dernier lui doit, aura-t-il de ce chef le droit de deductio ? Tout d'abord, comme l'observe très exactement Ulpien, il y a lieu de rechercher si l'obligation contractée par le dominus peculii n'a pas tourné à son profit, par exemple, si les sommes versées sur son ordre au concessionnaire n'ont pas été employées par celui-ci aux affaires du dominus peculii. Au cas d'affirmative, le concessionnaire étant devenu lui-même créan-

cier du dominus peculii dans la mesure du service rendu, il y aura compensation à due concurrence, et il ne pourra être question de deductio que pour le surplus. (L. 9, § 8, de Pec.) Ceci ne souffre aucune difficulté. Le point délicat est celui de savoir si le dominus peculii peut déduire du pécule le montant de la somme prêtée, ou le montant de son engagement, lors même qu'au moment où il est actionné de peculio il n'a encore fait aucun débours. En pareil cas la créance du dominus peculii contre le concessionnaire est éventuelle, et n'existera qu'en conséquence de la poursuite exercée contre lui par les créanciers du pécule. Aussi Marcellus, dont l'opinion paraît bien avoir été partagée par Ulpien, n'accorde-t-il alors au dominus peculii le droit de deductio que si le demandeur à l'action de peculio ne lui fournit pas la caution « refusura se si quid prætiterit dominus hoc nomine conventus. » Lorsque cette caution était fournie, le dominus peculii n'avait rien à craindre. D'ailleurs, il eut été injuste de le faire bénéficier de l'interusurium en lui permettant de prélever sur le pécule une somme qu'il ne paierait peut-être que beaucoup plus tard ou même jamais. Cependant Julien ne partageait pas cette manière de voir et accordait le droit de deductio au dominus peculii lors même que le demandeur à l'action de peculio offrait de fournir la caution précédente.

Au reste, Marcellus reconnaissait au dominus peculii le droit de deductio, nonobstant l'offre d'une caution, dans l'hypothèse où celui-ci, condamné lors d'une précédente instance et n'ayant pas encore satisfait à la condamnation prononcée contre lui, se trouvait tenu *judicati causa*. La dette résultant du *judicatum et*, partant, la créance du dominus peculii, était, en effet, certaine et exigible.

Mais le dominus peculii ne pourrait déduire ce qui lui est réclamé dans une instance encore pendante. (L. 10, *de Pec.*) Les observations précédentes, applicables à l'hypothèse où le dominus peculii s'est porté fidéjusseur pour le concessionnaire, ne le sont pas toujours également à celle où il a fait un pacte de constitut avec un créancier du pécule. « Si pater vel dominus constituerit se soluturum quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo quod ex ea causa obstrictus esse cœperit, et licet interierit peculium, non tamen liberatur. » (L. 19, § 2, *de Pec. constitut.*, XIII, v.) Cette différence entre le pacte de constitut et la fidéjussion vient, comme l'observe Cujas <sup>1</sup>, de ce que l'on ne peut se porter fidéjusseur pour soi-même, tandis que l'on peut très bien faire un pacte de constitut relatif à sa propre dette. Le texte précité se place évidemment dans cette dernière hypothèse; il suppose que le dominus peculii : constitue pro se, c'est-à-dire, s'est engagé par constitut à payer aux créanciers du concessionnaire le montant de la valeur du pécule à l'époque où le pacte a été conclu. Le dominus peculii pouvant, au moment du pacte, être condamné à concurrence de cette valeur, si la dette du concessionnaire lui est égale ou supérieure, ne fait alors que nover sa propre dette, et ne devient pas de ce chef créancier du concessionnaire.

Observons, avec Paul, que, dans notre hypothèse, le pacte de constitut ayant donné naissance à une obligation nouvelle à la charge du dominus peculii, l'extinction de l'obligation primitive, conséquence de la disparition du pécule, ne le mettrait pas à l'abri de l'action de pecunia constituta. Observons également que, sous peine de lui

1. — V, col. 413.

faire payer deux fois la même dette, il faut reconnaître au dominus peculii poursuivi de peculio après avoir été condamné sur l'action de pecunia constituta, le droit de déduire du pécule le montant de la condamnation prononcée contre lui; la deductio est alors une conséquence indirecte du pacte de constitut.

Si le pacte de constitut a été fait par le dominus peculii filii vel servi nomine, nous sommes alors dans les mêmes conditions que s'il y avait eu fidéjussion et le dominus peculii est en droit de déduire le montant de son obligation constitutæ pecuniæ, si toutefois, suivant Marcellus, le demandeur à l'action de peculio, n'offre point de fournir la caution dont il a été parlé plus haut.

Lorsque le concessionnaire se porte expromissor envers le dominus peculii pour un débiteur de ce dernier, il faut, pour apprécier les résultats de ce contrat, distinguer selon qu'il émane d'un filius familias ou d'un esclave.

Si l'expromissor est un filius familias, le dominus peculii se trouve alors libéré ipso jure au jour même où a lieu l'expromissio, car cette expromissio donne immédiatement naissance à une créance naturelle du dominus peculii contre le concessionnaire par novation de sa créance contre le débiteur primitif. (L. 1, § 1, *de Novat. et delegat.*, XLVI, II.)

Le concessionnaire expromissor est-il un esclave? la situation change. L'obligation verbis contractée par lui ne peut avoir plus d'effet qu'un simple pacte (Inst., lib. III, tit. XXIX, § 3; Gaius, cap. III, § 176); la créance du dominus peculii contre son débiteur primitif n'est donc point éteinte ipso jure, il n'y a pas novation.

Cependant, bien qu'il n'y ait pas eu novation, l'esclave

1. Acc., II, p. 227 et p. 686.

expromissor n'en est pas moins, en cette qualité, débiteur personnel du dominus peculii. Celui-ci doit donc pouvoir, lorsqu'il est poursuivi de peculio, se payer par voie de deductio ce dont l'esclave est devenu son débiteur expromissionis causa. En pratique, il en agira toujours ainsi car, ce faisant, il échappera au risque de l'insolvabilité d'un débiteur primitif qui, d'ailleurs, pourrait dans tous les cas lui opposer l'exception *pacti conventi*.

La deductio une fois effectuée, le dominus peculii, ne pouvant se faire payer deux fois la même dette, perd, par conséquent le droit d'agir *suo nomine* contre le débiteur primitif, mais peut alors poursuivre ce débiteur *filii vel servi nomine*. En effet, dès l'instant où la deductio a été effectuée et, par le fait même de cette deductio une créance est née au profit du concessionnaire contre le débiteur primitif du dominus peculii. « Peculiare nomen ejus pro quo expromissum est factum est. » (L. 56, *de Pec.*) Cette créance, faisant partie du pécule, forme, à ce titre, le gage des créanciers de l'esclave. Si le concessionnaire s'est fait payer sans l'assentiment du dominus peculii, une somme due à ce dernier, il n'y a matière à deductio que si celui-ci a ratifié le paiement. C'est seulement, en effet, en vertu de la ratification par lui donnée à l'acte du concessionnaire que le dominus peculii devient créancier de celui-ci. (L. 11, § 2.) En pareil cas, le dominus peculii peut toujours déduire, si bon lui semble, car, par le fait même de la deductio, il ratifie le paiement fait aux mains du concessionnaire, lequel se trouve ainsi libéré de la conditio indebiti, qui pesait sur lui.

Le concessionnaire débiteur d'une personne soumise comme lui à la puissance du dominus peculii se trouve en réalité débiteur de celui-ci qui, dès lors, est en droit de

déduire cette dette au même titre que celles dont le concessionnaire est tenu directement envers lui. (L. 9, § 3, *de Pec.*) Cependant cette règle n'est pas absolue. Les dettes de l'*ordinarius* envers ses *vicarii* ne peuvent être déduites de son pécule. (Inst., lib., IV, tit. VII, § 4, *in fine*; Gaius, IV, § 73, l. 17, *de Pec.*) La raison en est, comme le dit Ulpien, que le pécule du *vicarius* est une fraction de celui de l'*ordinarius*. Quand l'*ordinarius* devient débiteur du *vicarius*, son pécule, par le fait de cette dette, diminue d'une quantité égale à celle dont s'accroît celui du *vicarius*; or, puisque ce pécule s'absorbe dans le précédent, il y a compensation et il ne peut-être question de deductio. Actionné *de peculio ordinarii*, le dominus peculii est implicitement actionné *de peculio vicarii*, puisque le premier, ainsi qu'il vient d'être observé, se trouve compris dans le second. Pourra-t-il déduire, à ce titre, les dettes dont le *vicarius* est tenu envers lui, ou envers l'*ordinarius* son *conservus*? Oui, mais la deductio, en pareil cas, ne doit porter que sur le pécule du *vicarius*. Lors donc que ce pécule ne comprend rien lors de la poursuite, le dominus peculii ne pourra prélever le montant des créances en question sur la valeur du *vicarius*; cette valeur, en effet, ne constitue pas un pécule.

Notons que ce droit de prélèvement doit être reconnu au dominus peculii à raison de ses créances contre l'*ordinarius*, car ces créances peuvent être déduites du pécule de l'*ordinarius*, et la valeur du *vicarius* fait bien certainement partie de ce pécule.

De ce que le créancier qui agit *de peculio ordinarii* agit par là même *de peculio vicarii*, nous devons conclure avec Ulpien que ce créancier, après avoir poursuivi le dominus peculii *de peculio ordinarii*, ne pourra le pour-

suivre ensuite de *peculio vicarii*. (L. 19, pr. *de Pec.*) Ceci suppose bien entendu que, depuis la première poursuite, le pécule n'a reçu aucun accroissement. Autrement, la poursuite en question serait parfaitement régulière. (L. 30, § 4, *de Pec.*)

Les dettes du concessionnaire envers le dominus peculii ou envers les personnes *in eadem potestate* n'étaient pas les seules pouvant faire l'objet du droit de deductio; ce droit s'étendait également aux dettes du concessionnaire envers les personnes dont le dominus peculii était tuteur, curateur ou mandataire, ou dont il gérât les affaires. (L. 9, § 4, *de Pec.*) Pour comprendre cette solution, il suffit de se rappeler la règle en vertu de laquelle le tuteur débiteur de son pupille doit, par un paiement fait en ses propres mains, s'acquitter immédiatement envers ce dernier. (L. 9, § 3, *de Adm. et peric.*, tit. XXVI, VII), règle qui, par indentité de motifs, doit être étendue aux curateurs mandataires, ou gérants d'affaires, pour les dettes dont ils peuvent être tenus envers le pupille, le furiosus ou le dominus.

Quand le concessionnaire est débiteur soit du pupille du dominus peculii, soit de la personne dont le dominus peculii est le curateur, le mandataire ou le gérant d'affaires, celui-ci se trouve, par le fait même, obligé de peculio envers ces différentes personnes. Dès lors, et, dès l'instant où coexistent sa dette de peculio et sa qualité de tuteur ou curateur, mandataire ou gérant d'affaires, *a semet-ipso exigere debet*. Le paiement de cette dette effectué ou réputé tel le rend créancier du concessionnaire et, par suite, donne lieu à l'exercice de son privilège de deductio.

La valeur à déduire est donc égale à la valeur maxima

atteinte par la pécule, à compter du jour où le dominus peculii *a semetipso exigere debuit*, à concurrence, bien entendu, du montant de la créance. Cette valeur est, en effet, la seule dont le dominus peculii ait été débiteur envers le pupille, le furiosus ou le dominus.

Le droit de déduire serait refusé au dominus peculii si la créance de pupille ou celle de la personne dont le dominus est curateur ou mandataire, ou dont il gère les affaires, était le résultat de manœuvres dolosives. Entendu autrement, le privilège de deductio aboutirait à ce résultat inadmissible de permettre au dominus peculii de diminuer le pécule *dolo*, car la déduction n'est, en somme, qu'un retrait partiel du pécule. Cette remarque est, d'ailleurs, faite expressément par Ulpien. « Præterea id etiam deducetur, quod his personis debetur quæ sunt in tutela vel in cura domini vel patris vel quorum negotia administrant; dummodo dolo careant, quoniam et si per dolum peculium vel ademerint vel imminuerint, tenentur ». (L. 9, § 4, *de Pec.*)

En déduisant du pécule ce qui est dû par le concessionnaire aux différentes personnes dont il vient d'être parlé, le dominus peculii ne fait en somme que déduire ce qui lui est dû personnellement; il n'y a donc là rien d'anormal.

Mais il pourra se faire que le dominus peculii soit en droit de déduire du pécule des créances qui ne lui appartiennent pas. Nous voulons parler de l'hypothèse où il est poursuivi du chef d'un esclave concessionnaire dont il est copropriétaire. Ulpien, suivant en cela l'opinion générale, reconnaît alors au dominus peculii le droit de déduire, indépendamment de ce qui lui est dû personnellement, ce qui est dû par le concessionnaire aux

autres copropriétaires. Rien de plus facile à justifier que cette solution.

Chacun des copropriétaires du concessionnaire peut, nous le savons, être poursuivi de peculio pour les autres ; ceci a été admis dans le but, de simplifier l'exercice de l'action de peculio pour le plus grand avantage des créanciers de l'esclave concessionnaire ; mais le créancier qui réclame la totalité du pécule à l'un des copropriétaires, ne fait, en somme, qu'exercer en une fois et contre un seul l'ensemble des actions qu'il devrait régulièrement exercer contre plusieurs et contre chacun pour sa part. Or, chacun des copropriétaires, s'il était actionné de peculio pour sa part, serait en droit de déduire ce qui lui est dû. Le défendeur à l'action de peculio poursuivi pour eux doit donc pouvoir déduire ce que ceux-ci eussent déduit successivement, c'est-à-dire l'ensemble de leurs créances contre l'esclave. « Non solum autem, quod ei debetur, qui convenitur, deducendum est ; verum etiam si quid socio ejus debetur. Et ita Julianus lib. 12 Digestorum scribit : nam qua ratione in solidum alteruter convenitur, pari ratione deducere eum oportet, quod alteri debetur ; quæ sententia recepta est. » (L. 11, § 8, *in fine*, de Pec.)

Bien entendu, et, en vertu même du raisonnement précédent, le droit de deductio s'applique seulement aux créances des copropriétaires de l'esclave qui sont également copropriétaires du pécule. Il ne pourrait être question de permettre au copropriétaire poursuivi de peculio le droit de déduire les dettes du concessionnaire envers un copropriétaire étranger à la concession.

L'usufruitier poursuivi de peculio à raison d'un contrat relatif au pécule du nu propriétaire ou vice versa,

ne peut songer à déduire les créances du nu propriétaire contre le concessionnaire. La raison en est que cette deductio a déjà été faite, car, l'usufruitier, nous l'avons déjà dit, ne peut être poursuivi du chef du nu propriétaire qu'en deuxième ligne et, vice versa; d'ailleurs on ne lui réclame que le pécule dont il est propriétaire.

Cette observation s'applique également, par identité de motifs, à l'hypothèse où l'un de plusieurs possesseurs de bonne foi est actionné de peculio du chef des autres. (L. 13, *de Pec.*) L'héritier poursuivi de peculio ne peut déduire ce qui est dû à ses cohéritiers que s'il est poursuivi avant le partage de la succession.

Le dominus peculii ne peut déduire du pécule le montant de sa créance quand une autre voie lui est ouverte pour se faire indemniser. « Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio convenitur ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit. » (L. 11, § 6, *de Pec.*) Ceci se présente, notamment, dans l'hypothèse où le concessionnaire s'est rendu complice d'un vol commis au préjudice du dominus peculii.

En pareil cas, ce dernier, bien que créancier *ex delicto* à concurrence du montant du préjudice causé, ne peut cependant déduire du pécule la valeur totale de ce préjudice, mais seulement, la différence entre cette valeur et l'indemnité qu'il pourra obtenir de l'auteur principal du délit. (L. 4, § 4, *de Pec.*)

De même encore le vendeur actionné de peculio *intra annum*, ne pourra déduire ce qui lui est dû s'il peut se faire payer par l'acquéreur en exerçant contre lui l'action *ex empto* ou la *condictio indebiti*. (L. 11, § 7.)

Cependant l'acheteur, poursuivi de peculio à raison

d'une créance antérieure à la vente, est en droit de déduire du pécule qu'il a reçu ce qui lui est dû, sans tenir compte de ce qu'il peut obtenir du vendeur en exerçant contre lui l'action de peculio. Ceci vient de ce que les créanciers de l'esclave vendu, pouvant poursuivre à leur choix le vendeur ou l'acheteur, ce dernier peut, en cette qualité, se poursuivre en quelque sorte lui-même. (L. 11, § 8, *de Pec.*)

Il ne pouvait être question pour le dominus peculii de déduire le montant de ses créances contre le concessionnaire sur la valeur de biens figurant dans le pécule d'une manière fictice. Lors, par exemple, que la femme du filiusfamilias concessionnaire, ayant obtenu son divorce avant d'avoir versé sa dot qu'elle avait promise, exerçait de peculio son action de dote contre le paterfamilias pour se faire libérer par lui de sa promesse, celui-ci ne pouvait lui refuser sa libération complète en lui objectant que sa promesse faisait partie du pécule du filiusfamilias et que le filiusfamilias était son débiteur. (L. 38, § 1, *de Pec.*)

Le dominus peculii qui a fait valoir, une première fois, par voie de deductio, sa créance contre le concessionnaire pourra-t-il, lors d'une nouvelle instance, opposer à nouveau la deductio pour cette même créance? Il faut, à cet égard distinguer avec Ulpien selon que la deductio a été effectuée *re* ou *verbis tantum*. « Est autem quaestio- nis, an id, quod dominus semel deduxit, cum conveniretur, rursus, si conveniatur de peculio, eximere debeat : an vero veluti solutum ei videatur, semel facta deductione? Et Neratius et Nerva putant. Id Julianus lib. 12, scribit, si quidem abstulit hoc de peculio, non debere deduci : si vero eamdem positionem peculii reliquit,

debere eum deducere. » (L. 11, § 3, *de Pec.*) Cette distinction se justifie d'elle-même.

Si le dominus peculii a déduit *re*, c'est-à-dire, a retiré effectivement du pécule le montant de sa créance, cette dernière est éteinte comme elle le serait par un paiement, et on ne peut songer, par conséquent, à l'opposer sous une forme quelconque au demandeur à l'action de peculio.

Au contraire, si le dominus peculii, après avoir invoqué sa créance à l'encontre d'un demandeur à l'action de peculio et fait réduire d'autant le montant de la condamnation prononcée au profit de ce dernier, ne retire pas du pécule du concessionnaire, le montant de sa créance, celle-ci continue à subsister et il n'y a pas de motif pour lui refuser le droit de l'opposer à tout nouveau demandeur de peculio. En résumé, l'extinction de la créance du dominus peculii contre le concessionnaire est la seule cause qui mette fin à son droit de deductio.

Nous en avons fini avec la détermination de la valeur exacte à laquelle pouvait être condamné le dominus peculii. Reste à faire observer que ce dominus avait la faculté de se soustraire à la condamnation de peculio en abandonnant les res peculiares aux créanciers, pourvu toutefois que cet abandon fût exempt de dol. (L. 9, *in fine. Comm. divid.*, X, III.)

## APPENDICE

---

### DE L'ACTION TRIBUTOIRE ET DES AUTRES ACTIONS ADJECTITIE QUALITATIS ENVISAGÉES DANS LEURS RAPPORTS AVEC L'AC- TION DE PECULIO.

L'action de peculio n'était pas la seule à laquelle la concession d'un pécule pouvait donner naissance.

Quand le concessionnaire, au vu et au su du dominus peculii, employait au commerce tout ou partie de son pécule, les personnes qui traitaient avec lui relativement à ce commerce, avaient alors pour gage exclusif la fraction de pécule y affectée.

La répartition de cette valeur était faite par le dominus peculii entre lui-même et ces créanciers, chacun venant au marc le franc pour le montant de sa créance. La répartition était-elle entachée de dol, les créanciers qui se prétendaient lésés avaient alors contre le dominus peculii l'action dite *tributoria* pour obtenir le complément de la part à laquelle ils avaient droit. (L. 12, de *Trib. act.*, XIV, iv.)

L'action *tributoria* concourait avec l'action de peculio en ce sens que le créancier à même de l'exercer contre le dominus peculii avait également le droit de le poursuivre de peculio.

Quelle était de ces deux actions la plus favorable aux créanciers? C'est là, comme l'observe Gaius (L. 11, de *Trib. act.*) une question à laquelle il est impossible de

répondre *à priori*; chacune d'elles avait, en effet, ses avantages et ses inconvénients. L'action de *peculio* était préférable à l'action *tributoria* en ce que, à la différence de cette dernière, elle portait sur la valeur totale du pécule et se donnait contre l'acquéreur de l'esclave; mais, par contre, elle lui était inférieure en ce que le créancier qui l'exerçait pouvait se voir opposer le privilège de *deductio*, la loi du premier occupant, ou l'extinction du pécule, ce que n'avait pas à craindre celui qui exerçait l'action *tributoria*.

L'option des créanciers entre ces deux actions dépendait donc des circonstances.

Nous n'avons pas à parler ici des autres actions *adjectitiæ qualitatis exercitoria institoria et quod jussu*<sup>1</sup>. Ces actions se donnaient en effet contre le père ou le maître, abstraction faite de toute concession et, bien que le créancier à même de les exercer fût en droit de leur préférer l'action de *peculio* dans l'hypothèse où il y avait eu pécule concédé, ce droit d'option n'avait guère qu'une valeur théorique. Il devait, en effet, arriver bien rarement, en pratique, qu'un créancier préférât à une action qui, comme les précédentes, lui donnait satisfaction *in solidum* l'action de *peculio* qui ne lui assurait pas un paiement intégral. Ceci cependant pouvait se concevoir dans l'hypothèse où le pécule, au su du créancier, avait une valeur supérieure ou égale au montant de sa créance; l'action de *peculio* avait alors l'avantage de n'exiger d'autre preuve que celle de l'existence de la concession<sup>2</sup>.

1. L'action de *in rem verso* a déjà été étudiée dans ses rapports avec l'action de *peculio*.

2. Cette dispense de preuve était également un avantage de l'action de *peculio* sur l'action *tributoria* et sur l'action de *in rem verso*.

# DROIT FRANÇAIS

---

Des assemblées générales d'actionnaires. — De leur organisation et de leurs pouvoirs.

---

## INTRODUCTION

---

### GÉNÉRALITÉS. — DÉFINITIONS

---

La loi du 24 juillet 1867 qui a fait de l'assemblée générale des actionnaires un organe essentiel des sociétés par actions, lui a donné le pouvoir souverain dans la société anonyme et, la convention, en consacrant, en quelque sorte, l'abdication de la gérance entre ses

1. L'assemblée générale, est-il dit, par exemple, dans les statuts, pourra révoquer le gérant pour telle ou telle cause, ou même encore, *ad nutum*.

La validité de ces clauses qui, ainsi qu'on l'a dit avec raison, dénaturent complètement la commandite par actions, est reconnue aujourd'hui par la jurisprudence. Voy. Cass. 9 mai, 1860, Dall. 1860, I, 279.

main<sup>1</sup>, lui attribue également aujourd'hui dans la commandite par actions un rôle tout à fait prépondérant. Toutes les questions relatives à cette assemblée qui tient une si grande place dans les sociétés par actions, sont donc du plus haut intérêt; nous nous proposons de les examiner dans ce travail où nous étudierons successivement l'organisation et les pouvoirs de l'assemblée générale ou, pour parler plus exactement, *des assemblées générales*.

L'assemblée générale n'est pas, en effet, comme son nom pourrait le faire croire, une assemblée toujours identique à elle-même, et composée de la réunion de tous les actionnaires délibérant sur les affaires de la société. Sans doute, si la chose était réalisable, il serait à désirer qu'il en fût ainsi; mais, refuser à l'assemblée générale le droit de délibérer valablement, si elle ne réunissait pas l'universalité des actionnaires, serait presque toujours demander l'impossible. Comment obtenir, en effet, la réunion de tous les actionnaires d'une société dont les actions se trouvent dissimulées parfois entre plusieurs milliers de mains? Comment, d'ailleurs, diriger les débats d'assemblées aussi nombreuses et trouver un local suffisant pour les abriter? Aussi la loi et les statuts n'ont-ils jamais poussé si loin leurs exigences; ils se sont toujours bornés à demander que pour statuer valablement sur telles ou telles questions l'assemblée fût composée d'un nombre d'actionnaires plus ou moins important, nombre qui, nous le verrons, n'est même pas toujours nécessairement celui de la majorité.

La composition de l'assemblée générale varie, tout naturellement, suivant la nature des questions qu'elle est

appelée à résoudre. On peut à ce point de vue, distinguer trois classes d'assemblées générales :

1° Les assemblées réunies lors de la période de formation de la société pour vérifier les apports en nature et les avantages particuliers, nommer les administrateurs, les membres du conseil et les commissaires de surveillance, etc., et qui, à raison du rôle qui leur est attribué en cette circonstance, ont reçu le nom d'assemblées générales *constitutives*;

2° Les assemblées dont la réunion périodique à des époques généralement fixées par les statuts, rentre dans le fonctionnement normal et régulier de la société, d'où le nom d'assemblées générales *ordinaires* qui leur a été donné<sup>1</sup>;

3° Enfin, les assemblées générales dites *extraordinaires*, réunies exceptionnellement pour statuer sur des questions de dissolution ou de prorogation de la société ou, d'une manière générale, sur des questions de modifications aux statuts.

Dans celles de ses dispositions qui réglementent l'organisation des assemblées générales, la loi de 1867 a établi entre cette organisation dans la commandite par actions et dans la société anonyme des différences singulières; des questions identiques soulevées dans les deux classes de société ne doivent pas aujourd'hui, d'après la loi, être résolues par des assemblées composées de la même façon. Il y a là un vice de législation qu'une loi nouvelle devrait certainement faire disparaître. C'est au reste ce que propose le projet de la commission extra-parlementaire nommée par le garde des

1. Elles doivent être réunies au moins une fois par an.

sceaux en février 1882 pour reviser la loi de 1867, projet déposé sur le bureau du Sénat le 6 décembre 1883. Nous aurons, chemin faisant, à signaler les réformes proposées par cette commission, et nous examinerons également, à cette occasion, les dispositions de la législation étrangère sur la matière.

---

## CHAPITRE I.

### ORGANISATION DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES.

#### SECTION I. — Des personnes appelées à prendre part aux assemblées générales et de l'étendue de leur droit de vote.

En principe et, dans le silence des statuts, tous les actionnaires, sans exception, doivent être admis à prendre part aux assemblées générales avec droit de suffrage égal, c'est-à-dire chacun d'eux ayant une voix.

Ainsi le veulent, et l'égalité qui doit régner entre les associés, et les règles du droit commun. Les actionnaires, quand il s'agit de délibérer sur les affaires de la société et de prendre une mesure quelconque relative aux intérêts communs, sont dans une situation analogue à celle de copropriétaires par indivis ayant à prendre une décision relative à la chose commune. Or, en pareil cas, chacun de ces derniers, quelle que soit sa part de copropriété, fût-elle même absolument minime, doit, sans aucun doute, être appelé à donner son avis, et sa voix doit incontestablement peser du même poids que celle des autres. Telle est la règle en l'absence de toute convention; mais, bien entendu, toutes les fois qu'une disposition spéciale de la loi n'y met point obstacle, il peut y être dérogé, par le pacte social.

Cette dérogation conventionnelle a-t-elle eu lieu? La question de savoir quels sont les actionnaires admis à prendre part aux assemblées générales et quel est le droit de vote qu'ils sont appelés à y exercer est alors une

question de statuts<sup>1</sup>. C'est ce qui a lieu pour les assemblées générales ordinaires et extraordinaires de la commandite par actions et de la société anonyme, sauf, toutefois, pour l'assemblée extraordinaire de cette dernière société réunie dans l'hypothèse spéciale prévue par l'article 37.

La loi, en effet, garde le silence sur l'organisation de ces assemblées dans la commandite par actions, et l'art. 37, sur lequel nous aurons à revenir dans un instant, est le seul texte relatif à la société anonyme où notre question se trouve tranchée d'une manière impérative.

Il pourra donc être valablement stipulé, sous la réserve précédente, que certains actionnaires seront complètement exclus des assemblées générales ordinaires et extraordinaires, et que ceux des actionnaires appelés à y prendre part auront un droit de suffrage inégal.

Lors de la discussion de l'article 27 au Corps législatif, ce droit reconnu à la convention d'établir ainsi l'inégalité entre actionnaires au point de la participation aux assemblées générales, fut vivement critiqué par M. de Janzé<sup>2</sup>.

Autoriser, sans réserves, l'exclusion des porteurs d'un petit nombre d'actions; ne limiter en rien le nombre de voix qui pourra être accordé aux actionnaires favorisés admis à prendre part aux assemblées générales, c'est, disait-il, mettre les petits actionnaires à la merci des gros capitalistes; c'est aussi, en permettant de reconnaître la validité des décisions prises par un nombre

1. L'article 27 le dit formellement pour les assemblées ordinaires de la société anonyme.

2. L. Tripier. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, t. II, p. 173.

infime de votants, laisser la porte ouverte aux tentatives de corruption. L'orateur proposait, en conséquence, de substituer au paragraphe 27 précité, la disposition suivante : « Il est tenu, chaque année, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts ; *tout actionnaire peut prendre part aux délibérations ; son vote, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, ne peut jamais être compté pour plus d'une voix.* »

Sans admettre avec le rapporteur de la commission que, rationnellement, le droit de vote des actionnaires d'une société anonyme ou d'une commandite par actions, doit être proportionnel à leur mise, c'est-à-dire, au nombre de leurs actions <sup>1</sup>, nous ne pouvons cependant qu'applaudir au rejet de cet amendement.

Adopté dans sa teneur il aurait en effet mérité, en sens inverse, la critique formulée par son auteur contre le système de la loi. Loin d'être à la merci des gros capitalistes, les petits actionnaires, formant presque toujours la majorité, fussent ainsi devenus leurs maîtres : la loi eut consacré l'oppression des forts par les faibles, c'est-à-dire, comme on l'a dit avec beaucoup de justesse, l'écrasement du franc par les centimes. Seule la première partie de l'amendement nous paraît admissible en législation. Malgré son caractère restrictif de la liberté des conventions, on conçoit cependant jusqu'à un certain point une

1. Comme l'observe très justement M. de Courcy (*les Sociétés anonymes*, p. 111), il n'est pas exact de dire que le propriétaire de cinq ou dix actions a cinq ou dix fois plus d'intérêt à la bonne administration de la société que celui qui n'en possède qu'une seule. Cette action unique constitue peut-être tout l'avoir de ce dernier, tandis que les cinq ou dix actions ne sont qu'une fraction minime de la fortune de leurs propriétaires. N'est-il pas évident qu'en pareil cas le petit actionnaire sera plus que tout autre intéressé à la bonne administration de la société ?

disposition législative qui, pour permettre aux petits actionnaires d'élever la voix au sein des assemblées générales, déclarerait obligatoire l'admission à ces assemblées de tous les actionnaires sans exception. Libre ensuite aux statuts de parer aux inconvénients signalés en accordant plusieurs voix aux propriétaires d'un certain nombre d'actions, ce que ne doit pas faire, en principe, le législateur, sous peine de tomber dans un excès de réglementation <sup>1</sup>.

Ce système a été adopté par le législateur de 1867, en ce qui concerne l'assemblée générale extraordinaire de la société anonyme, réunie en vertu de l'article 37, au cas de perte des trois quarts du capital social, pour examiner s'il y a lieu ou non de prononcer la dissolution de la société <sup>2</sup>. Il est dit, en effet, dans cet article que *tous* les actionnaires doivent prendre part à l'assemblée en question. Aucune mention n'étant faite relativement au droit

1. M. de Courcy (*op. cit.*, p. 109) critique avec beaucoup de vivacité l'inégalité conventionnelle établie ainsi entre les membres des assemblées générales. « Toute supériorité d'un homme sur son voisin est, dit-il, injuste et injurieuse. » Il lui préfère un régime censitaire excluant certains actionnaires des assemblées, mais reconnaissant un droit de vote égal à ceux qui y seraient admis. C'est préférer, ce nous semble, à un simple inconvénient un véritable danger. Sans doute les gros actionnaires disposeront ainsi parfois de la majorité, mais les autres auront, tout au moins, le droit de se faire entendre et de présenter leurs observations, ce qui pourra exercer une grande influence sur le vote de ceux que M. de Courcy appelle les « aristocrates » de l'assemblée. Il ne faut pas oublier, en effet, que les membres de l'assemblée ne sont pas des adversaires, puisqu'il s'agit, en somme, de prendre une décision relative à des intérêts communs.

2. Outre le défaut de restreindre un peu arbitrairement la liberté des conventions entre associés, on peut reprocher à ce système le danger d'aboutir à des réunions tumultueuses dans lesquelles la voix des orateurs ne parviendrait pas à se faire entendre, voire même la difficulté dans certains cas de trouver un local suffisant pour abriter les actionnaires. (De Courcy. *op. cit.*, p. 107.)

de vote, il faut conclure à l'application pure et simple des statuts en ce qui concerne ce point.

La disposition de l'article 37 est bien certainement spéciale aux sociétés anonymes et il ne saurait être question de l'étendre à la commandite par actions ; mais, on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de l'étendre à toutes les assemblées extraordinaires de la société anonyme. MM. Lyon-Caen et Renault<sup>1</sup>, s'appuyant sur l'importance des délibérations à prendre par ces assemblées se sont prononcés en faveur de l'affirmative. Nous ne partageons pas cette manière de voir. L'article 37 faisant échec à la liberté des conventions doit, par suite, être restreint à l'hypothèse qu'il prévoit textuellement. Les principes imposent cette solution et les motifs qui ont inspiré les rédacteurs de l'article 27 nous permettent de la justifier. L'assemblée générale, ainsi que nous le verrons par la suite, ne peut modifier les statuts que si ces derniers l'y autorisent ; il est dès lors tout naturel que la convention qui attribue ce pouvoir à l'assemblée puisse le réglementer en toute liberté et fixe, comme bon lui semble, les conditions d'admission à l'assemblée générale réunie à cette occasion.

Au cas de perte des trois quarts du capital social dans la société anonyme, la situation est bien différente. Le législateur faisant alors abstraction de la volonté des contractants reconnaît à l'assemblée générale le droit de statuer sur la dissolution anticipée de la société, c'est-à-dire, lui permet en réalité de porter atteinte au pacte social. On conçoit donc très bien que la convention, impuissante à refuser à l'assemblée générale une préroga-

1. *Précis de droit commercial*, t. I, p. 262, n° 491 et la note.

tive qu'elle tient de la loi soit également impuissante à en régler l'exercice<sup>1</sup>.

La loi prescrit encore l'admission obligatoire de tous les actionnaires aux assemblées générales *constitutives*.

L'article 27 est formel pour la société anonyme. *Tout* actionnaire, y est-il dit expressément, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations de ces assemblées.

L'article 4 qui règle la question pour la commandite par actions est moins explicite. « Les délibérations, y lisons-nous simplement, sont prises par la majorité des actionnaires présents. » Mais, la discussion de la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions, loi dans laquelle la disposition précitée a été prise textuellement, ne laisse aucun doute sur sa véritable portée.

« Le texte de la loi, observait M. Jubinal<sup>2</sup>, ne dit pas combien il faudrait avoir d'actions pour pouvoir assister aux assemblées et, trop souvent dans ces réunions, un malheureux actionnaire isolé est opprimé par une majorité d'actionnaires qui se sont partagés un grand nombre d'actions; s'il réclame, il ne peut même pas se faire entendre. » A quoi l'un des membres de la commission répondit que : « dans l'article 3 il s'agissait, de la réunion préparatoire pour la vérification des apports et qu'il était impossible de n'y pas admettre tous les actionnaires, quelque peu considérable que fût le nombre des actions par eux souscrites. » Cette interprétation quasi-officielle, à raison des circonstances dans lesquelles elle a été donnée, doit encore être admise aujourd'hui. Il est peu

1. Voy. en ce sens, de Courcy, *op. cit.*, p. 427. Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, p. 157, n° 899.

2. Tripier, *Loi de 1856*, p. 92.

vraisemblable que le législateur de 1867 en conservant la rédaction de la loi de 1856, ait voulu lui donner une signification différente<sup>1</sup>.

L'article 4 est même plus restrictif que l'article 27. Celui-ci, en effet, tout en rejetant le droit absolu pour les associés de régler, comme bon leur semble, les conditions du vote dans les assemblées constitutives de la société anonyme, laisse cependant encore une certaine liberté à la convention, en cette matière. Les statuts, nous dit-il par *a contrario*, pourront accorder aux membres de ces assemblées, un nombre de voix proportionnel à celui de leurs actions, à la seule condition de ne pas accorder plus de dix voix à un seul votant.

Cette clause serait au contraire sans valeur si elle figurait dans les statuts d'une société en commandite par actions. Ceci résulte, à n'en pas douter, de la discussion de la loi de 1856 invoquée par nous il n'y a qu'un instant. M. de Chasseloup-Laubat, développant la même idée que M. Jubinal, demandait si, par les termes dans lesquels était rédigée la loi, il fallait entendre la majorité des actionnaires présents, ou la majorité des actions représentées. Avec la première interprétation, disait-il, « il serait facile de distribuer deux ou trois cents actions dans autant de mains et de se procurer ainsi une majorité qui ferait la loi des actionnaires représentant, quoique moins nombreux la plus grande partie du capital social. » L'orateur préférait donc la deuxième interprétation qui eut reconnu à chacun des membres de l'assemblée un droit de vote proportionnel au nombre des actions dont

1. Pont, *Sociétés commerciales*, p. 139, n° 983. Beslay et Lauras, *Commentaire théorique pratique et critique du code de commerce*, t. V, p. 356, n° 414.

il était porteur. Mais le rapporteur de la commission répondit alors, très nettement, que la deuxième interprétation était la seule exacte. « Il ne faut pas oublier, disait-il, qu'au moment où a lieu l'assemblée, toutes les actions sont nominatives et, dans tous les cas, n'ont pu changer de propriétaire que par le résultat d'un transfert fait dans la forme des actes civils et non dans celle d'une négociation commerciale. Les mots actionnaires présents veulent dire ici : *personnes présentes et figurant au tableau qui doit être annexé à l'acte de société.* » Il faut donc, nous le répétons, déclarer nulle la clause des statuts d'une société en commandite par actions qui dérogerait au principe du vote par tête dans les assemblées constitutives. L'admission obligatoire de tous les actionnaires ou, pour parler plus exactement, de tous les souscripteurs aux assemblées générales constitutives est facile à justifier. Il s'agit ici, en effet, de trancher une question vitale, de rectifier le pacte social qui ne sera définitivement scellé que par le vote approubatif de la deuxième assemblée. Il est donc on ne peut plus logique, d'appeler tous les souscripteurs, sans distinction, à mettre la dernière main à la construction de l'édifice social et à prendre part à la vérification qui aura pour résultat de les lier irrévocablement. Le droit de contrôle des souscripteurs doit-il être identique? Faut-il exiger le vote par tête? C'est avec un plus grand intérêt, peut-être, à raison de l'importance de l'objet de la délibération, la question déjà examinée à propos des assemblées ordinaires et extraordinaires.

Le système consacré par l'article 27 nous paraît préférable en ce qu'il est moins restrictif de la liberté des conventions. Celui de l'article 4, outre qu'on peut lui re-

procher un caractère de protection exagérée, a encore le défaut déjà signalé de rendre la plupart du temps les petits souscripteurs absolument maîtres du vote.

Les souscripteurs appelés à prendre part aux assemblées constitutives se partagent en deux classes ; d'une part, les souscripteurs dont la mise consiste uniquement en numéraire et qui n'ont stipulé à leur profit aucun avantage particulier et, d'autre part, les souscripteurs dont l'apport, en totalité ou en partie, est effectué en nature ou qui ont stipulé à leur profit des avantages particuliers. La loi, tout en reconnaissant à ces derniers le droit de prendre part aux assemblées constitutives pour y défendre leurs intérêts, leur refuse cependant le droit d'y voter. « Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée, nous dit l'article 4, n'ont pas voix délibérative. »

Malgré la généralité de ces termes, plusieurs auteurs<sup>1</sup> prétendent que les souscripteurs auteurs des apports en nature ou bénéficiaires d'avantages particuliers ne sont privés de droit de vote que lorsqu'il s'agit de vérifier leurs propres apports ou avantages et, ont voix délibérative toutes les fois qu'il s'agit d'évaluer les apports ou d'apprécier les avantages de leurs coassociés. La raison en est, disent-ils, que les souscripteurs en question ne sont plus, en pareil cas, juges dans leur propre cause et ont le plus grand intérêt à exiger l'évaluation exacte des apports effectués par leurs associés ainsi que la justification des

1. Beslay et Lauras, *op. cit.*, nos 461 et 462. Pont n° 1009. Voyez également les notes de MM. Lyon-Caen et Labbé, *Journal du Palais*, 1877, p. 79; Sir., 1877, II, 1 et Sir., 1881, I, 5. *Contra* Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 419.

avantages particuliers attribués à ces derniers ; un vote de complaisance n'est donc pas à craindre de leur part. On ajoute que l'exigence formulée par l'article 4, d'une majorité représentant le quart du capital social implique évidemment l'existence d'un danger provenant d'une collusion possible entre les actionnaires auteurs d'apports en nature ou bénéficiaires d'avantages particuliers. Si, en effet, disent MM. Beslay et Lauras, les souscripteurs en question n'avaient jamais voix délibérative, aucune collusion n'étant à craindre de leur part, la majorité spéciale exigée par la loi serait sans utilité.

Ce système peut se concevoir en législation, mais, nous ne croyons pas qu'il soit celui de la loi. Le texte de l'article 4 y est, positivement contraire.

L'intérêt des auteurs d'apports en nature ou des bénéficiaires d'avantages particuliers, à contrôler la sincérité des apports faits par leurs associés et à vérifier le bien fondé des avantages particuliers stipulés au profit de ces derniers ne nous garantit nullement la sincérité de leurs votes. Il est fort à craindre, en effet, que ces associés ne se liguent entre eux contre l'ennemi commun, c'est-à-dire, contre les souscripteurs d'actions payables uniquement en numéraire.

Enfin, sans insister sur la contradiction de MM. Beslay et Lauras qui, après avoir déclaré la collusion impossible prétendent que la loi a voulu atténuer les effets de cette collusion en exigeant la majorité du quart en numéraire, nous répondrons que cette exigence, loin de pouvoir être invoquée contre nous, vient au contraire à l'appui de notre opinion. Si, en effet, la loi veut une majorité comprenant un quart du capital en numéraire, c'est que l'assemblée délibérante ne se composant que des sous-

cripteurs d'actions payables en numéraire il était nécessaire d'exiger que cette assemblée présentât une consistance suffisante, étant donnée l'importance des questions sur lesquelles elle était appelée à statuer. La discussion de l'art. 4 au Corps législatif ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard. « L'assemblée générale dans laquelle on vise les apports et on les approuve, disait M. de Saint-Paul, est une des assemblées les plus importantes d'une société par actions et il est essentiel que cette assemblée soit aussi considérable que possible. J'ai demandé *que puisqu'on excluait du vote les personnes qui ont fait un apport en nature, et qu'on n'y appelait que ceux qui ont pris une part de l'apport en argent*, il y eut la moitié du capital en argent qui fut représenté à cette assemblée<sup>1</sup>. » Impossible de mieux préciser les motifs de l'exigence de la loi et d'accentuer davantage la généralité de l'exclusion prononcée à l'encontre des auteurs d'apports en nature et des bénéficiaires d'avantages particuliers.

Une des attributions les plus importantes des assemblées générales ordinaires, ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant, consiste à contrôler le bilan et les comptes présentés par le gérant ou par les administrateurs. (Art. 32.) On s'est demandé, à cette occasion, si ces derniers pouvaient, en leur qualité de membres de l'assemblée générale, prendre part au vote relatif à l'approbation du bilan et de leurs comptes<sup>2</sup>.

La négative a ses partisans. On l'appuie sur l'article 4,

1. Tripier, *op. cit.*, n° 1599.

2. La question est la même s'il s'agit du vote relatif à l'autorisation à donner aux administrateurs de prendre ou conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte. (Art. 40.)

5<sup>e</sup> al., invoqué par analogie. Si la loi ne permet pas aux souscripteurs auteurs d'apports en nature ou bénéficiaires d'avantages particuliers de prendre part au vote de vérification, c'est, dit-on, par application de ce principe de droit commun, qu'une personne ne peut être constituée juge dans sa propre cause. L'exclusion prononcée par l'article 4, 5<sup>e</sup> al., doit donc être étendue à toutes les hypothèses où le vote émis par un membre de l'assemblée pourrait être suspect de partialité. Reconnaître au gérant et aux administrateurs le droit de vérifier leurs propres comptes serait, d'ailleurs, leur permettre de se décerner à eux-mêmes un bill, d'indemnité ce qui serait à la fois déraisonnable et dangereux <sup>1</sup>. Cependant l'opinion contraire nous paraît préférable. On ne peut en l'absence d'un texte formel refuser au gérant et aux administrateurs un droit qui dérive de leur qualité d'associés ; or, ce texte n'existe pas.

Loin de nous contredire, la disposition de l'article 4 invoquée par nos adversaires, nous est au contraire favorable ; car, ainsi que l'observe très exactement M. Labbé<sup>2</sup>, l'argument *a simili* qu'on prétend en tirer peut être, à bon droit, transformé en argument *a contrario*. Le brocard *qui de uno dicit de altero negat* se présente, en effet, tout naturellement, à la pensée et convient parfaitement à l'interprétation d'une loi qui entre dans les détails les plus minutieux et semble ne rien vouloir laisser à l'imprévu.

Le droit de vote reconnu au gérant et aux administrateurs dans ces circonstances pourra, sans doute, pré-

1. Voy. en ce sens, Vavasseur, *op. cit.*, n° 903. Deloison, *op. cit.*, n° 434.

2. Voy. Sir. 1883, I, 337 à la note.

senter certains inconvénients. Les statuts les atténueront facilement, en limitant d'une façon raisonnable le maximum du nombre de voix accordé aux membres des assemblées générales.

Telle paraît bien être la doctrine admise par la cour de Paris. Celle-ci, en effet, dans un arrêt du 10 février 1879, reconnaît au gérant le droit de prendre part au vote relatif à l'approbation de ses comptes par cela seul que les statuts ne le lui ont pas retiré<sup>1</sup>. Dans tous les cas et, quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la question précédente, il nous paraît impossible de considérer comme contraire à l'ordre public la clause des statuts autorisant le gérant ou les administrateurs à prendre part au vote relatif à l'approbation de leurs comptes. C'est, d'ailleurs, ce qui a été décidé par la cour de cassation<sup>2</sup>.

Les actionnaires peuvent-ils se faire représenter aux assemblées générales par mandataires? L'affirmative est aujourd'hui universellement admise. Tout acte juridique peut, en principe, être l'objet d'un mandat, or, nous ne sommes pas ici dans un de ces cas exceptionnels où la loi exige que l'acte soit fait par la personne même qu'il intéresse<sup>3</sup>. L'opinion contraire émise par M. Bravard<sup>4</sup>

1. « Considérant, » porte « l'arrêt, qu'il résulte clairement des dispositions combinées du pacte social, que les commanditaires et les associés en nom collectif, en choisissant l'un de ces derniers, Bourez, pour diriger l'entreprise commune, et en définissant ses pouvoirs lui ont *laissé* le droit d'assister avec voix délibérative, à toutes les assemblées générales sans exception ni distinction... »

2. Arrêt du 27 juillet 1881, *Sir.*, 1883, I, 338.

3. Ces cas sont extrêmement rares. V. *Pr. C.*, art. 421 et 877; *C. civ.* art. 294.

4. *Explication de la loi de 1856*, p. 35.

au sujet des assemblées constitutives de la commandite par actions est restée sans écho dans la doctrine.

M. Bravard s'appuyait sur les expressions « actionnaires *présents* » expressions littéralement reproduites, comme on sait, dans l'article 4 de la loi de 1867. Mais, en décidant ainsi, il attachait au mot *présent* une importance exagérée. Juridiquement, en effet, on est aussi bien présent par un mandataire que par soi-même. Le droit de se faire représenter, en la circonstance, est d'autant moins à rejeter qu'il met les actionnaires sur un pied parfait d'égalité en permettant aux plus éloignés comme aux plus proches de prendre part aux assemblées générales. Ces assemblées, grâce à la représentation, seront plus nombreuses, et les intérêts de la société en seront mieux sauvegardés<sup>1</sup>.

Cependant, si les statuts refusaient aux actionnaires le droit de voter par mandataires, cette clause devrait être respectée comme toute convention qui n'est pas contraire à la loi.

En pratique, le mandat est toujours admis, mais, pour éviter l'intervention des étrangers dans les affaires de la société, les statuts exigent, en général, que les mandataires soient pris parmi les associés.

Les propriétaires d'actions de jouissance doivent-ils être admis aux assemblées générales? Il faut distinguer. Les actions de jouissance qui ne sont que de simples créances de bénéfices (actions industrielles, parts de fondateurs<sup>2</sup>, etc.) ne donnent pas accès aux assemblées générales réglementées par la loi. Celle-ci, en effet, dans

1. Voy. de Courcy, *op. cit.*, n° 1003. Vavasseur, *op. cit.*, II, n° 903.

2. Il est à noter cependant que les parts de fondateurs peuvent être de véritables actions de capital.

toutes ses dispositions relatives à l'organisation des assemblées générales a toujours eu en vue la représentation du capital; mais, il en est différemment des actions de jouissance proprement dites ou *bénéficiaires*, c'est-à-dire des actions remises après l'amortissement en remplacement des actions de capital. La raison en est que le remboursement des actions de capital, laisse cependant aux actionnaires ainsi remboursés un certain droit au capital social. Lors de la dissolution de la société, après paiement préalable aux actions de capital d'une somme égale à celle payée par anticipation aux actions actuelles de jouissance, l'excédent, s'il en existe un, se partagera entre tous les actionnaires.

Le point de départ de cette solution nous conduit à reconnaître la validité de la clause statutaire autorisant les propriétaires d'actions de jouissance à faire partie des assemblées ordinaires et extraordinaires de la commandite par actions. Celles-ci sont, en effet, les seules dont la loi n'ait pas réglementé l'organisation<sup>1</sup>.

Les *reporteurs* peuvent-ils prendre part aux assemblées générales? La question est controversée. Il faut, pour y répondre, se bien fixer tout d'abord sur la nature du contrat de report.

D'après M. Bozérian<sup>1</sup>, le report serait toujours un véri-

1. Sic Vavasseur, *op. cit.*, II, n° 904; Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, II, n° 415.

Lyon, 31 décembre 1862 (*Le droit commercial*, 30 juin 1863). — La convention pourrait autoriser les propriétaires d'actions de jouissance de la première catégorie, à prendre part à toutes les assemblées générales avec voix consultative seulement. Du moment où les porteurs d'actions de jouissance ne peuvent mettre en minorité les actionnaires qui représentent la fraction de capital exigée par la loi, les dispositions de celle-ci sont respectées.

2. *De la Bourse*, n° 91 et 328. Voy. dans le même sens, Pont, *Petits*

table prêt sur dépôt de titres. « N'est-il pas certain, nous dit cet auteur, que le capitaliste joue dans ce contrat le rôle de prêteur : que le spéculateur joue celui d'emprunteur ; que le titre livré par ce dernier est la garantie du prêt et que la différence de prix des deux marchés représente l'intérêt de l'emprunt ? » — Et plus loin : « On parle de vente et d'achat. Ignore-t-on que d'après la loi civile la vente est parfaite entre les parties et que la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Or, n'est-ce pas un singulier acheteur que celui qui revend à l'instant même, et par le même acte, la chose qu'il vient d'acheter, cesse d'être propriétaire de cette chose au moment où il le devient, et, n'est-ce pas un singulier contrat de vente que celui dans lequel on constate des phénomènes aussi bizarres ? »

Si le report a pour objet des valeurs considérées *in specie*, c'est-à-dire, si le reporteur vend au reporté les titres mêmes que ceux-ci lui a vendus, la théorie de M. Bozerian est parfaitement exacte ; elle ne l'est plus au contraire dans l'hypothèse pratique où le report a pour objet des valeurs considérées *in genere*. C'est-à-dire si le reporteur vend simplement au reporté des titres de même nature que ceux qu'il lui achète. En pareil cas, le reporté vend comptant des titres déterminés et achète à l'instant même de son acheteur, non pas les titres mêmes qu'il vient de lui vendre, mais des titres de même nature. Où trouver ici cette double transmis-

sion de propriété dont parle M. Bozérian et comment voir dans cette opération un prêt sur dépôt de titres<sup>1</sup> ?

En résumé lorsque, suivant l'usage, le report a pour objet des titres considérés *in genere* au point de vue de la livraison à faire par le reporteur lors de la liquidation, celui-ci est bien certainement propriétaire des titres achetés par lui au reporté ; or, si ces titres sont des actions, il est impossible de lui refuser le droit de prendre part aux assemblées générales. Sans doute cette admission des reporteurs aux assemblées générales peut amener des résultats regrettables ; quelques spéculateurs, par ignorance ou par caprice, pourront ainsi, peut-être, jeter le trouble dans les affaires d'une société dans laquelle ils n'ont, en fait, aucun intérêt sérieux ; mais, il y a là un mal que l'on ne peut empêcher et, en l'absence d'une disposition législative contraire, les principes imposent cette solution<sup>2</sup>.

Si, par exception, le report a pour objet des titres considérés *in specie* dans le sens que nous avons donné à ces expressions, la propriété de ces titres appartient alors au reporté qui a, par conséquent, en cette qualité, le droit de voter aux assemblées générales si ces titres sont des actions. Mais le reporteur ne pourrait-il, en pareil cas, en sa qualité de créancier gagiste, être admis à prendre part aux assemblées générales ? C'est également la question qui se pose pour l'usufruitier.

1. Voy. en ce sens Lyon-Caen et Renault, *op cit.*, I, n° 1527.

2. La plupart des auteurs reconnaissent sans distinction aux reporteurs le droit de prendre part aux assemblées générales. Voy. en ce sens Vavasseur, *op. cit.*, II, n° 721 et 905. Bravard, II, p. 126. Moillot, *de la Bourse*, n° 447. Buchère, *Traité théorique et pratique des valeurs au porteur*, n° 812. Voy. également. Paris, 19 avril 1875, 2, 161, *contra Pont*. Voy. cependant, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

Un point qui ne fait aucun doute, c'est que le nu propriétaire et l'usufruitier, le débiteur et le créancier gagiste, ne pourront prendre part, tous ensemble, aux assemblées générales avec voix délibérative. Il est non moins évident que, de ce que l'action est grevée d'un droit d'usufruit ou de gage, le droit de vote y afférent n'en continue pas moins à subsister? La véritable solution consisterait en une entente entre le nu propriétaire et l'usufruitier, le créancier gagiste et le débiteur, qui désigneraient l'un d'entre eux ou un mandataire commun pour les représenter aux assemblées générales. Mais que décider en cas de désaccord? Il faudrait, ce nous semble, donner la préférence au nu propriétaire et au débiteur. Pratiquement, ainsi que l'observe très exactement M. Deloison<sup>1</sup>, s'il s'agit d'actions nominatives, le titulaire sera seul admis; ce sera au contraire le possesseur des actions si celles-ci sont au porteur.

Mais ceci suppose qu'il n'y a pas, entre les intéressés, contestation portée à la connaissance de la société. Dans l'hypothèse contraire le droit de vote devra être refusé à chacun des contestants jusqu'au jour où les tribunaux auront statué<sup>2</sup>.

1. *Op cit.*, n° 444.

2. Voy. sur ce point, Vavasseur, *op. cit.*, n° 904, et un arrêt de la cour d'Aix du 20 janvier 1880 rapporté dans le journal *les Sociétés civiles et commerciales*, 1881, p. 228.

D'après M. Guillery, *des Sociétés commerciales en Belgique*, II, n° 758 : « L'usufruitier et le créancier gagiste ont incontestablement le droit d'assister aux assemblées générales pour sauvegarder leurs droits et remplir leurs devoirs de gardiens, mais ils ne pourront voter sur des mesures touchant à la propriété et susceptibles d'en diminuer la valeur comme, par exemple, la diminution de la réserve par l'augmentation des dividendes. Ils ne voteront sur de semblables mesures qu'avec la procuration, l'un du nu propriétaire, l'autre du débiteur.

« Quant à ces deux derniers, on n'a pas le droit de leur refuser l'entrée de l'assemblée générale, puisqu'ils ont évidemment mission de

Observons, en terminant, que si les statuts, ainsi qu'il arrive assez fréquemment, stipulent que les propriétaires d'actions au porteur ne pourront exercer leur droit de vote dans les assemblées générales qu'à la condition de déposer leurs titres au siège social, un certain temps avant la réunion de ces assemblées, cette exigence devra être respectée pour toutes les assemblées générales réunies en cours de société sans en excepter celle de l'article 37. On ne peut en effet assimiler la réglementation d'un droit à son exclusion.

PROJET DE LOI. — LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

Le projet présenté par la commission extra-parlementaire ne fait que généraliser, pour les étendre à la commandite par actions, celles des dispositions de la loi de 1867 qui, au point de vue des questions précédentes, régissent aujourd'hui la société anonyme.

Il ne déclare donc obligatoire l'admission de tous les actionnaires aux assemblées générales que pour les assemblées constitutives et les assemblées de dissolution, et reconnaît aux statuts le droit de régler librement cette admission pour toutes les autres assemblées, comme aussi, celui d'accorder aux actionnaires un nombre de voix proportionnel à celui de leurs actions.

veiller à la conservation de leur propriété: ils ont aussi le droit de prendre la parole pour combattre des mesures préjudiciables telles que la violation des statuts, mais ils ne voteront qu'avec le concours de l'usufruitier ou du créancier gagiste. »

Cette distinction, qui peut se défendre au point de vue théorique, nous paraît d'une application pratique bien difficile. Comment, en effet, préciser d'une manière exacte les mesures qui ne touchent qu'à la jouissance? Il y a d'ailleurs grand inconvénient à admettre ainsi concurremment dans les assemblées deux personnes pour une seule action.

Exception est faite toutefois pour les assemblées constitutives dans lesquelles un seul actionnaire, quel que soit le nombre des actions par lui souscrites, ne peut avoir plus de dix voix.

Enfin le projet reproduit textuellement (art. 11, dern. al.) l'exclusion générale du droit de vote prononcée par l'art. 4, § 3, de la loi actuelle contre les souscripteurs, auteurs d'apports en nature ou bénéficiaires d'avantages particuliers.

On peut regretter, peut-être, de ne trouver dans le projet aucune disposition analogue refusant aux administrateurs le droit de prendre part au vote quand il s'agit de la vérification de leurs comptes, ou encore quand il s'agit de les autoriser à prendre ou conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte.

Le code de commerce italien<sup>1</sup> (art. 160) et la loi nouvelle du Brésil<sup>2</sup> (art. 15, § 10) formulent très nettement cette prohibition<sup>3</sup>. La loi belge du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales (art. 61) et le code fédéral suisse des obligations (art. 640) prescrivent l'admission obligatoire de tous les actionnaires aux assemblées générales. Il n'en est pas de même des codes de commerce italien et allemand. Si ceux-ci, en effet (c. ital., art. 156; c. all., art. 190) reconnaissent formellement, en principe, à tous les actionnaires le droit de prendre

1. Promulgué le 2 avril 1882.

2. Loi du 4 novembre 1882 réglant la formation des compagnies et sociétés anonymes. *Annuaire de législation étrangère*, 12<sup>e</sup> année, p. 1080 et suiv.

3. La loi belge décide que l'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'approbation du conseil d'administration, ne peut prendre part à la délibération du conseil. (Art. 50.)

part aux assemblées générales ; tous deux permettent également à la convention de réglementer, comme bon lui semble, l'admission des actionnaires à ces assemblées. (Code ital. art. 88 ; code allemand, art. 180, § 10.)

La loi du Brésil et le projet de loi autrichien sur les sociétés par actions<sup>1</sup>, tout en admettant l'exclusion des assemblées générales prononcée par les statuts contre les actionnaires qui ne posséderont pas un nombre d'actions déterminé, cherchent cependant à protéger les petits actionnaires ; la première, en exigeant l'admission de tous les actionnaires aux assemblées générales avec voix consultative (art. 15, § 6) ; le second, en permettant aux actionnaires exclus par la clause statutaire précédente, de réunir leurs actions entre les mains de mandataires qui ont alors un nombre de voix proportionné à celui des actions de leurs mandants<sup>2</sup>.

La plupart des législations admettent la proportionnalité du vote à la part sociale. Le code fédéral suisse des obligations, tout en faisant exception pour les assemblées constitutives (art. 619), admet en principe cette proportionnalité (art. 640), qui se trouve également reconnue et même réglementée dans le code italien (art. 156).

Pour empêcher l'oppression des petits actionnaires par les gros capitalistes, le code suisse décide qu'en aucun cas, un seul actionnaire ne pourra réunir entre ses mains plus du cinquième des droits de vote qui se trouveront représentés dans l'assemblée générale (art. 640).

La loi belge contient une disposition analogue refu-

1. Voyez l'étude de M. Lyon-Caen sur ce projet. *Bulletin de la société de législation comparée*, mai 1883, p. 332 et suiv.

2. M. Lyon-Caen ; *loc. cit.*, p. 343.

sant à un seul actionnaire le droit de prendre part au vote pour un nombre d'actions dépassant la cinquième partie des actions émises ou les deux cinquièmes des actions pour lesquelles il est pris part au vote.

Le droit de se faire représenter aux assemblées générales par mandataires est généralement reconnu. Cependant le code de commerce italien (art. 159) n'admet pas que le mandataire puisse être choisi parmi les administrateurs, et la loi du Brésil (art. 15, § 8) étend même cette exclusion aux commissaires de surveillance. Signalons enfin les dispositions de la loi belge (art. 70) et de la loi du Brésil (art. 32, § 3) qui reconnaissent aux obligataires le droit d'assister aux assemblées générales avec voix consultative. Il y a là, comme on l'a dit très bien lors de la discussion de la loi belge, une dérogation aux principes difficile à justifier. Mieux vaut, comme le fait le projet présenté par la commission, permettre aux obligataires de se réunir en assemblées générales indépendantes de celles des actionnaires. (Art. 77.)

## SECTION II. — Convocation des assemblées générales.

### § 1. — *Par qui les assemblées générales doivent-elles être convoquées?*

Les assemblées constitutives sont convoquées par les fondateurs; les assemblées réunies en cours de société sont convoquées par les gérants ou les administrateurs, par le conseil ou les commissaires de surveillance<sup>1</sup>.

1. Si la société était en liquidation, l'assemblée générale pourrait être convoquée par les liquidateurs.

Sur le droit de convocation attribué aux fondateurs, nous n'avons aucune observation à présenter. Il y a là une prérogative qui dérive en quelque sorte de la force même des choses et, bien que la loi soit muette à cet égard, il ne nous semble pas qu'elle puisse être discutée. Nous en dirons autant du droit que nous reconnaissons aux gérants et aux administrateurs. Ceux-ci sont investis du pouvoir exécutif et, à ce titre, la convocation des assemblées générales rentre tout naturellement dans leurs attributions<sup>1</sup>.

Quant au droit de convocation reconnu par la loi au conseil et aux commissaires de surveillance, il n'existe, en principe, qu'en cas d'urgence. L'article 33 le dit formellement pour les commissaires et, bien que l'article 44 relatif au conseil de surveillance soit rédigé en termes un peu différents, il doit, ce nous semble, être entendu de la même façon, car l'hypothèse qu'il prévoit est précisément de celles dans lesquelles il y a péril en la demeure.

Ainsi que l'observe très exactement M. Pont<sup>2</sup>, « le conseil ne doit faire usage de son droit de convocation qu'avec une grande réserve et seulement quand les circonstances l'exigent impérieusement. Il importe, dans l'intérêt de la société et de son crédit, d'éviter de trop fréquentes réunions des actionnaires en assemblée générale. » Normalement, les assemblées générales doivent donc être convoquées par le gérant ou les administrateurs. Cependant, si ces derniers, manquant à leurs devoirs, négligeaient de convoquer les assemblées géné-

1. L'art. 37 reconnaît d'ailleurs, aux administrateurs le droit de convoquer l'assemblée générale.

2. *Op. cit.*, n° 1513.

rales annuelles à l'époque fixée par les statuts, l'obligation qui incombe au conseil et aux commissaires de surveillance de présenter chaque année un rapport à cette assemblée<sup>1</sup> leur, donnerait le droit, ou, pour parler plus exactement, leur imposerait le devoir de convoquer l'assemblée générale pour lui donner lecture de leur rapport. Le droit de convocation reconnu au conseil ou aux commissaires de surveillance en cas d'urgence, étant formellement consacré par la loi, ne pourrait leur être enlevé ni même être restreint par les statuts<sup>2</sup>.

Les actionnaires, en dehors du cas où une clause des statuts les y autoriserait, n'auraient certainement pas le droit de convoquer l'assemblée générale. Ceci résulte de la discussion qui s'est élevée au Corps législatif au sujet d'un amendement qui leur reconnaissait, au moins dans certaines limites, le droit de convocation<sup>3</sup>.

A l'appui de cette innovation, M. Picard invoquait l'exemple de la législation anglaise à laquelle elle était empruntée et, surtout, la nécessité pour les actionnaires de veiller eux-mêmes à leurs intérêts au cas d'indifférence du conseil de surveillance ou de collusion de celui-ci avec le gérant.

1. Art. 10 § 2 ; art. 3 § 1.

2. Rivière n° 107 et 111. Vavasseur, *op. cit.*, Alauzet n° 505. Pont. *op. cit.*, n° 1513. Dalloz *Rép. v° Sociétés* n° 1231.

3. Voici le texte de cet amendement destiné, dans la pensée de ses auteurs, à former le paragraphe 2 de l'article 11 actuel. « Sur la réquisition d'un nombre quelconque d'actionnaires représentant au moins un cinquième du capital, le gérant ou le conseil de surveillance doivent convoquer une assemblée générale. Cette réquisition fait mention de l'objet de la convocation ; si le gérant ou le conseil de surveillance n'y obtempèrent pas, vingt et un jours après la date du dépôt, la convocation peut être faite directement par les actionnaires. » Trip., *op. cit.*, p. 533 et s.)

L'amendement fut rejeté comme inutile et dangereux ; inutile en ce sens que, suivant l'observation présentée par le rapporteur de la commission, il avait pour résultat singulier de faire surveiller le conseil de surveillance ; dangereux, en ce qu'il permettait à une minorité opposante de jeter le trouble dans la société en mettant en mouvement l'assemblée générale pour y porter, par exemple, des questions de dissolution.

Le premier de ces motifs ne manque pas assurément d'une certaine justesse, tout au moins, quand il s'agit, comme dans la commandite, d'un conseil dont les membres s'éclairent et se contrôlent mutuellement, ce qui rend une collusion peu probable ; il ne s'appliquerait plus, en effet, en matière de société anonyme, dans laquelle le pouvoir de surveillance peut se trouver concentré aux mains d'un seul, ce qui rend la collusion sinon facile, au moins possible. Quant au danger d'ingérence d'une minorité turbulente dans la direction des affaires sociales, l'opinion émise à ce sujet par le rapporteur de la commission nous paraît très contestable. Ainsi que le faisait remarquer avec beaucoup de raison M. Picard, on peut trouver étrange qu'un nombre d'actionnaires suffisant à lui seul pour constituer valablement l'assemblée générale, n'ait pas, en principe, le droit de provoquer la convocation de cette assemblée. Sans insister davantage sur cette question au sujet de laquelle les esprits sont très divisés, bornons-nous à constater qu'il résulte bien de la discussion précédente que, dans le silence des statuts, les actionnaires, quel que soit leur nombre, ne pourraient convoquer l'assemblée générale. Bien entendu, ainsi que l'observation en a été faite au Corps

législatif<sup>1</sup> les statuts pourront régler la question comme bon leur semblera<sup>2</sup>.

§ 2. — *Quelles sont les formes dans lesquelles la convocation doit être faite.*

Sauf dans l'hypothèse où la première assemblée constitutive d'une société anonyme n'ayant pas satisfait aux conditions exigées par la loi, il est nécessaire d'en réunir une autre, la loi garde le silence sur la forme et les délais à observer pour la convocation des assemblées générales.

Aux termes de l'article 30 « deux avis publiés à huit jours d'intervalle dans un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, un mois au moins avant l'époque fixée pour la réunion de l'assemblée, tiennent lieu de convocation. » Ce mode de convocation par la voie des journaux pourrait, bien certainement, s'appliquer par analogie aux autres assemblées générales : mais il n'y a pas ici de règle qui s'impose. En l'absence d'un texte spécial réglant la question il faut éviter de se montrer trop rigoureux. Aussi n'admettons nous pas l'exigence de certains auteurs suivant lesquels la convocation, pour être valable, devrait être faite à domicile. Encore moins exigeons-nous l'intervention d'un acte

1. Trip., *op. cit.*, II, p. 544.

2. L'article 18 du projet de 1838, qui exigeait la convocation de l'assemblée générale dans le délai d'un mois à dater de la constitution de la société, pour procéder à la nomination du conseil de surveillance, ajoutait : « qu'à défaut de convocation par le gérant dans ce délai, cette convocation serait autorisée par le Président du tribunal de commerce sur la demande d'un ou de plusieurs actionnaires. » Le droit de convocation des actionnaires était donc reconnu dans ce cas spécial. .

extrajudiciaire, c'est-à-dire la convocation par ministère d'huissier. Ces réglementations sont plus ou moins arbitraires, et tout moyen de prévenir les intéressés en temps utile, doit être considéré comme satisfaisant.

D'ordinaire, les statuts règlent avec détail le mode de convocation, des assemblées générales; c'est là une sage précaution, car, abandonner à la discrétion du gérant ou des administrateurs la solution d'une question aussi essentielle serait laisser la porte ouverte aux procès.

Les statuts, dans l'hypothèse prévue et réglée par l'article 30, pourraient-ils valablement fixer un mode de convocation différent de celui qu'indique cet article? Nous ne le croyons pas; nous sommes ici en présence d'une disposition impérative dont il ne doit pas être permis de s'écarter. Il va de soi cependant que la convention pourrait valablement se montrer plus sévère que le législateur et, par exemple, en outre de l'insertion prescrite par l'article 30, exiger une convocation à domicile<sup>1</sup>.

La convocation doit mentionner le lieu, le jour et l'heure de la réunion. Ce sont là des indications indispensables; il est de toute évidence que les actionnaires doivent être mis à même de prendre part à l'assemblée à laquelle on les convoque. Une convocation ne satisfaisant pas à ces conditions manquerait complètement son but et devrait être considérée comme non avenue. Cette nécessité de permettre aux actionnaires convoqués de se mettre en mesure d'assister à la réunion, nous amène également à exiger un certain délai entre la date de la convocation et celle de la réunion de l'assemblée générale. Ce délai indéterminé, puisque la loi garde le silence

1. Dalloz, 1375, II, 161.

sur tous ces points<sup>1</sup> devra être suffisant pour permettre aux actionnaires d'arriver en temps utile.

La deuxième assemblée constitutive dont l'article 4 prescrit la réunion pourrait-elle être convoquée en même temps que la première, c'est-à-dire, par un avis unique ? L'affirmative pourrait être invoquée sous l'empire de la loi du 17 juillet 1856 qui gardait le silence sur la question, et la cour de Douai, appelée à la résoudre, s'était prononcée en ce sens<sup>2</sup>.

Mais il n'en est plus ainsi aujourd'hui, car la loi de 1867 exige formellement que chacune des deux assemblées constitutives soit réunie sur convocation spéciale ; une convocation unique pour les deux assemblées, fût-elle explicite, devrait donc être considérée comme irrégulière. Les actionnaires doivent délibérer en connaissance de cause ; d'où la nécessité d'indiquer, au moins sommairement, dans la convocation, quelles sont les questions mises à l'ordre du jour, c'est-à-dire quel doit être l'objet des délibérations de l'assemblée. Il faut se garder des surprises ; une proposition inopportune jetée à l'improviste au milieu d'une assemblée pouvant, dans un moment d'entraînement, rallier les suffrages d'actionnaires mal éclairés et occasionner les plus grands désordres<sup>3</sup>.

Indépendamment de ce fondement rationnel sur lequel on s'appuie pour exiger une convocation explicite, on

1. Sauf dans l'hypothèse prévue par l'article 30 où, nous l'avons vu, la loi exige un délai d'un mois.

2. Douai, 22 mai 1863 ; Sir., 1866, II, 43.

3. On peut citer dans le même ordre d'idées les dispositions des articles 42 et 43 sur lesquels nous aurons à revenir quand nous parlerons des pouvoirs des assemblées ordinaires. Ces articles prescrivent la communication aux actionnaires pendant les quinze jours qui précèdent la réunion, des documents destinés à les éclairer sur l'état des affaires de la société.

peut encore invoquer par analogie la disposition de l'article 4, d'après laquelle l'avis inséré dans les journaux doit mentionner les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée.

Sans méconnaître ces principes, la jurisprudence se montre cependant assez large quand il s'agit d'apprécier la validité d'une convocation. S'il s'agit, par exemple, de la convocation d'une assemblée générale ayant pour objet de modifier les statuts, c'est-à-dire, d'une hypothèse dans laquelle il est plus nécessaire que jamais de se prémunir contre les surprises, elle n'exige pas que la modification projetée soit indiquée d'une manière précise dans l'avis de convocation. C'est ainsi que la cour de Paris, dans l'arrêt du 19 avril 1875, déjà cité <sup>1</sup>, a décidé qu'une assemblée générale, ayant à délibérer sur la création d'actions de priorité, avait été convoquée régulièrement, alors que les avis de convocation mentionnaient simplement une augmentation du capital social. Cet avis, suivant la cour, bien que peu précis dans ses énonciations, avertissait suffisamment les actionnaires de la gravité de la résolution à prendre. La cour de Paris, dans un arrêt plus récent <sup>2</sup>, a même décidé que la délibération de l'assemblée générale révoquant les administrateurs était valable, bien que les avis de convocation eussent gardé le silence sur ce point. Les statuts feront bien de combler les lacunes de la loi en s'expliquant avec détail sur les règles relatives à la convocation des assemblées générales et, spécialement, sur le point qui nous occupe en ce moment. Mais, dans le silence de la convention et de la loi, les décisions préci-

1. Dalloz, 1875, II, 161.

2. 7 janvier 1882. — *Le Droit*, n° du 29 janvier 1882.

tées nous paraissent à l'abri de toute critique. Au reste, comme le dit très bien M. Vavasseur<sup>1</sup>, lors même que les statuts seraient explicites à l'égard des mentions qui doivent se trouver dans l'avis de convocation, et, sauf l'hypothèse improbable où ils auraient sanctionné par la nullité la violation des règles posées par eux à cet égard, la question de savoir si cet avis de convocation est suffisamment complet, est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux. On ne peut qu'approuver la jurisprudence de la réserve dont elle fait preuve en cette occasion; c'est chose grave, en effet, que d'annuler les délibérations d'une assemblée générale, cette annulation, surtout s'il s'agit d'un vote modificatif des statuts, pouvant entraîner pour la société des conséquences d'une incalculable portée. Ces principes ont été nettement formulés dans un arrêt de la cour de Paris du 1<sup>er</sup> août 1868<sup>2</sup>. « Les dispositions impératives, y est-il dit, et dont l'omission peut entraîner la nullité des contrats, ne se supposent pas et ne peuvent être introduites arbitrairement par le juge. S'il en était autrement, les tribunaux, au lieu d'assurer l'exécution des conventions qui sont une loi pour eux, comme pour les parties, en arriveraient à régir eux-mêmes ces conventions, et seraient arbitres absolus de leur validité. »

PROJET DE LOI. — Législation étrangère

A l'exemple de la loi de 1867, le projet de loi ne pose de règles relatives au mode de convocation des assem-

1. *Op. cit.*, n° 907.

2. Dalloz, 1869, II, 65.

blées générales que pour l'hypothèse spéciale où il y a lieu de réunir une nouvelle assemblée constitutive, la première n'ayant pu délibérer valablement par suite de l'insuffisance du nombre des souscripteurs ayant répondu à la convocation qui leur était adressée. Les règles de convocation sont alors celles que nous trouvons formulées dans l'article 30 actuel; seulement, la publication doit être faite dans le journal spécial dont la création est demandée par la commission, le *Recueil des sociétés*. (Art. 63 et 21.) Il n'est nullement question dans le projet de reconnaître, en principe, aux actionnaires le droit d'exiger la convocation des assemblées générales. Ce droit est cependant consacré par la plupart des législations étrangères qui varient seulement quant aux conditions de son exercice <sup>1</sup>. Ces législations sont, en général, plus explicites que la loi de 1867, au sujet du mode de convocation. La loi belge (art. 60) veut que cette convocation soit faite tout ensemble par la voie des journaux et par lettres missives adressées aux titulaires des actions nominatives; sauf cependant dans l'hypothèse où toutes les actions sont nominatives: la convocation se fait alors par lettres recommandées adressées aux actionnaires.

1. Pour que la demande de convocation soit valable, elle doit être formée par un groupe d'actionnaires représentant: *En Belgique* (art. 60), *en Italie* (art. 158) et *au Brésil* (art. 15 § 9) un cinquième au moins du capital social; *en Suisse* (art. 645) *en Autriche* (projet), *en Allemagne* (art. 188), un dixième au moins du capital social.

Le code fédéral suisse des obligations et le code de commerce allemand exigent que la demande de convocation soit motivée et signée.

D'après la loi du Brésil, la convocation peut être faite directement par les actionnaires eux-mêmes si les administrateurs et le conseil de surveillance se refusent à la faire.

Le droit de convocation dans toutes ces législations appartient en principe à la direction et au pouvoir de surveillance.

Le code de commerce italien (art. 154) et la loi du Brésil (art. 15, § 9), se contentent en principe d'une convocation par la voie des journaux. Le code de commerce italien (art. 154), le code fédéral suisse des obligations (art. 646) et le code de commerce allemand, déclarent nulle toute délibération prise par l'assemblée générale sur un objet qui n'était pas à l'ordre du jour. Les deux derniers, toutefois, font exception pour le vote émis à la suite de la proposition faite en séance de convoquer une assemblée générale extraordinaire.

**SECTION III. — A quelles conditions les assemblées générales réunies sur convocation régulière, peuvent-elles délibérer valablement et prendre une décision obligatoire pour tous les actionnaires.**

Les assemblées générales peuvent-elles délibérer valablement quels que soient le nombre des actionnaires présents et la fraction du capital social représentée par ces actionnaires? Il y a lieu à cet égard de distinguer selon qu'il s'agit des assemblées générales constitutives, ordinaires ou extraordinaires et aussi selon qu'il s'agit de la commandite par actions ou de la société anonyme. Les règles posées par la loi en cette matière manquent, en effet, d'uniformité. Ceci d'ailleurs n'a rien qui doive surprendre, car il est assez naturel que la loi se montre plus ou moins exigeante selon l'importance plus ou moins grande des décisions à prendre. On peut seulement critiquer ici, comme en bien des circonstances, les différences établies entre les deux classes de sociétés par actions.

*Assemblées générales constitutives.* — L'article 4, après avoir prescrit la réunion successive de deux assem-

blées générales pour procéder à la vérification des apports en nature et des avantages particuliers s'exprime dans les termes suivants : « Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social qui consiste en numéraire. »

Cette rédaction a donné naissance à une controverse sur laquelle il importe tout d'abord de prendre parti. On s'est demandé si l'exigence d'une majorité spéciale s'appliquait indistinctement aux deux assemblées mentionnées dans l'article, ou si au contraire elle ne concernait que la seconde.

En faveur de la première opinion, on invoque le texte de la loi, qui, après avoir indiqué successivement, dans des paragraphes distincts, la mission de chacune des deux assemblées, ajoute dans un autre paragraphe, comme par forme de disposition générale, que les *délibérations* sont prises à la majorité spéciale qu'il indique<sup>1</sup>.

La deuxième opinion se fonde sur le rôle joué par la première assemblée, rôle très effacé, ainsi que nous le verrons par la suite. La pensée du législateur n'a certainement pas été, dit-on, d'imposer des conditions identiques pour les deux assemblées; la discussion de la loi de 1856 dont notre paragraphe a été tiré textuellement, ne laisse aucun doute à cet égard. A propos d'un amendement dans lequel on demandait la représentation de la moitié du capital social, un orateur ayant dit : « Qu'il n'y avait pas de vote dans la première assemblée, » le rapporteur de la commission, loin de contredire cette affirmation, ne fit au contraire que l'accentuer. « La pre-

1. Rivière, *op. cit.*, n° 43. — Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 45.

mière assemblée, répondit-il, fait apprécier l'apport, c'est-à-dire qu'elle nomme des estimateurs pris dans son sein ou en dehors parmi des personnes étrangères... *C'est la seconde assemblée seulement*, convoquée spécialement ad hoc, qui, après s'être éclairée spécialement *votera d'une manière définitive* et en connaissance de cause sur l'évaluation des apports en nature. »

N'est-ce pas dit-on, montrer clairement que l'exigence d'une majorité spéciale s'applique seulement à la deuxième assemblée?

Enfin, à l'argument de texte on répond que la deuxième assemblée générale, ayant plusieurs votes à émettre, l'emploi du mot *délibération* au pluriel n'a rien qui soit contraire à la distinction ainsi justifiée<sup>1</sup>.

Cette argumentation ne nous paraît pas décisive. Sans doute, la distinction que l'on veut établir se conçoit parfaitement en raison, mais il n'est nullement prouvé qu'elle soit entrée dans la pensée du législateur de 1856, ni surtout dans celle du législateur de 1867. La rédaction de l'art. 30 semble bien au contraire indiquer son intention de mettre les deux assemblées sur la même ligne. *Les assemblées* qui ont à délibérer sur la vérification des apports, etc., doivent, nous dit-il, pour pouvoir délibérer valablement représenter la moitié au moins du capital social. Comment voir ici l'indice de la distinction que l'on veut établir?

Ceci posé, voyons rapidement quelles sont les exigences formulées par la loi en matière de société en commandite par actions.

La majorité, nous dit l'article 4, doit comprendre le

1. Beslay et Lauras, *op. cit.*, n° 466 ; Pont, *op. cit.*, n° 1000.

quart des actionnaires et représenter au moins le quart du capital social qui consiste en numéraire. Donc, deux conditions : majorité en nombre, et majorité en sommes. Les assemblées constitutives ne pourront donc songer à entrer en délibération si les membres présents ne représentent pas le quart des actionnaires et le quart du capital social ; c'est le minimum, et, en pareil cas, c'est-à-dire si ce minimum seul est représenté, la décision prise, pour être valable, devra l'être à l'unanimité des membres présents.

La loi exige la présence du quart des actionnaires pour éviter la prépondérance de l'élément réel, sur l'élément personnel ; elle exige que ces actionnaires représentent le quart au moins du capital social pour éviter la prépondérance de l'élément réel sur l'élément personnel. De cette manière, il y aura équilibre et le vote émis dans ces conditions sera l'expression de la volonté d'une majorité présentant de grandes garanties.

Notons que le quart en nombre s'entend du quart de la totalité des actionnaires, tandis que le quart en somme ne se calcule que sur le capital numéraire.

Les règles ne sont plus les mêmes quand il s'agit d'une société anonyme. D'après l'art. 30, 1<sup>er</sup> al., « les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports, sur la nomination des premiers administrateurs, sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs aux termes du paragr. 2 de l'art. 24, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires *représentant la moitié au moins du capital social. Le capital social dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à vérification.* »

Ainsi donc il n'est plus ici question d'une majorité en

nombre, trois gros actionnaires possédant la moitié des actions formeront une assemblée régulière et, deux d'entre eux qui peut-être ne posséderont même pas ensemble le quart des actions formant la majorité, pourront approuver définitivement les apports et les avantages particuliers. L'hypothèse est peu vraisemblable, il faut en convenir, puisque tous les actionnaires sont nécessairement appelés à prendre part aux assemblées constitutives; mais elle est possible cependant, et on peut trouver singulier que le législateur ait fait ici abstraction de l'élément personnel dont il s'était préoccupé dans la commandite par actions. Il y a là une application regrettable de l'idée fausse émise à plusieurs reprises lors de la discussion de la loi au Corps législatif, que, dans les sociétés anonymes les personnes doivent s'effacer devant le capital.

*Quid* si la première assemblée générale réunie ne satisfait pas aux exigences des articles 4 et 30? S'il s'agit de l'assemblée constitutive d'une société anonyme, une nouvelle assemblée pourra être réunie sur convocation nouvelle et procédera valablement à la vérification des apports et des avantages à la condition de représenter, non plus, comme précédemment, la moitié, mais, simplement, le cinquième du capital social. « Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas *une nouvelle assemblée générale est convoquée*. Deux avis publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions adoptées par la première assemblée, *et ces réso-*

*lutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social. »* (Art. 30, 2<sup>e</sup> al.).

Cette sorte de procédure par défaut, comme on l'a nommée quelquefois, doit-elle être étendue par analogie à la commandite ? Nous ne le pensons pas. L'article 4, c'est-à-dire le seul texte qui régit la commandite, au point de vue qui nous occupe, garde le silence sur la convocation d'une nouvelle assemblée pouvant délibérer valablement dans des conditions autres que celles qu'il indique, or, tout est de rigueur en matière de constitution de société. La convention elle-même serait impuissante à établir en matière de commandite une règle analogue à celle que l'art. 30 a posée pour la société anonyme<sup>1</sup>. Vainement les statuts stipuleraient-ils que faute par les actionnaires de se présenter à l'assemblée générale en nombre suffisant et de représenter la fraction de capital exigée, il pourrait en être convoqué une autre dont les résolutions, prises par une majorité inférieure au quart en nombre et au quart en sommes, seraient obligatoires pour tous les actionnaires. Nous sommes ici, nous le répétons, en présence d'une disposition impérative et les exceptions, surtout en pareille matière, ne se créent pas par analogie<sup>2</sup>.

Ce n'est pas à dire, cependant, que si la première assemblée générale réunie n'a pas satisfait aux prescrip-

1. Il faut également décider par identité de motifs que la clause des statuts d'une société anonyme qui admettrait la validité des résolutions prises par une deuxième assemblée représentant une fraction du capital numéraire inférieure au cinquième, devrait être considérée comme nulle.

2. Pont, *op. cit.*, n° 1001 ; Vavasseur, *op. cit.*, n° 894. — *Contra* : Alauzet, *op. cit.*, n° 261 ; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 46 à la note.

tions de l'article 4, la société ne pourra se constituer, faute de vérification des apports en nature et des avantages particuliers. Tout ce que la loi a voulu et tout ce qu'elle pouvait raisonnablement exiger, c'est que la délibération approbative ne pût être prise par une assemblée ne représentant pas le quart du capital en numéraire et ne comprenant pas le quart des actionnaires. Dès l'instant où une assemblée satisfait à ces conditions, fût-elle réunie seulement après deux ou trois essais infructueux, elle pourra très valablement se livrer à la procédure de vérification<sup>1</sup>.

*Assemblées générales ordinaires.* — Les dispositions réglementaires de la loi en ce qui concerne la commandite par actions ne visant que les assemblées générales constitutives, il faut reconnaître aux statuts de cette société le droit de régler en toute liberté l'organisation des assemblées ordinaires et admettre que, dans leur silence, ces assemblées délibéreront valablement quels que soient la fraction de capital représentée et le nombre des actionnaires présents.

Il en est différemment en matière de société anonyme. Aux termes de l'article 29, les assemblées ordinaires de cette société ne délibèrent valablement, en principe, qu'à la condition d'être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. Nous disons, en principe, car l'art. 29, 2<sup>e</sup> al., organise une sorte de procédure par défaut, analogue à celle que nous avons rencontrée sous l'article 3. Si l'assemblée générale convoquée, nous dit-il, ne réunit pas un nombre

<sup>1</sup>. Vavas seur, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 422. — *Contra* : Pont, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1004.

d'actionnaires représentant la fraction de capital social exigée, une nouvelle assemblée convoquée dans les formes déterminées par les statuts délibérera valablement quelle que soit la portion de capital représentée par les actionnaires présents.

*Assemblées générales extraordinaires.* — La loi gardant le silence au sujet de ces assemblées dans la commandite par actions, il faut admettre ici la même solution que pour les assemblées ordinaires de cette société et reconnaître aux statuts la liberté de les régler comme bon leur semble.

La situation n'est plus la même en matière de société anonyme. Nous sommes ici en présence d'une disposition réglementaire formelle. L'article 31 décide, en effet, que les assemblées extraordinaires de la société anonyme ne peuvent délibérer valablement qu'à la condition de réunir un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. Mais, les statuts prévoyant l'hypothèse où l'assemblée réunie sur première convocation ne satisferait pas à ces conditions, pourraient-ils admettre le tempérament de l'article 29 ou, tout au moins, celui de l'article 30 et reconnaître la validité des résolutions votées par une assemblée réunie sur nouvelle convocation, et composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social?

M. Vavasseur<sup>1</sup> se prononce pour l'affirmative, la clause en question n'étant suivant lui que le développement du texte légal et se justifiant comme conforme à

1. *Op. cit.*, n° 899.

son esprit et à la liberté des conventions ainsi qu'à la pratique ancienne des sociétés, pratique à laquelle la loi de 1867 n'a pas voulu déroger.<sup>1</sup>

Cette manière de voir n'est pas la nôtre. Il n'y a pas analogie entre les cas prévus par les articles 29 et 30 et l'hypothèse réglée par l'article 31. C'est justement parce qu'ils correspondent à des situations différentes que chacun d'eux pose des règles particulières. Ceci résulte, à n'en pas douter, des travaux préparatoires de la loi de 1867 et de la discussion de l'art. 31 au Corps législatif.

« Le Conseil d'État, disait le rapport de la commission chargée d'examiner le projet de 1867, sans admettre complètement le système de la commission, en a accepté le principe, et il a proposé de substituer à l'article 30 *trois articles qui, répondant à trois hypothèses différentes, modifient les majorités et les garanties de publicité suivant les objets divers sur lesquels les assemblées générales sont appelées à délibérer*<sup>1</sup>. »

La règle posée par l'article 31 est bien d'ailleurs une règle impérative. « Il s'agit ici, disait le commissaire du gouvernement lors de la discussion au Corps législatif, il s'agit ici de *créer les statuts obligatoires des sociétés anonymes*<sup>2</sup>; » et, plus loin, il ajoutait : « Nous avons donc proposé, ce me semble, une chose juste et suffisante, en proposant que dans les trois cas prévus, le minimum du capital représenté fût de moitié, et que la délibération ne fût valable qu'avec ce minimum<sup>3</sup>. »

Comme on voit, il n'est jamais entré dans la pensée du législateur que l'on pût déroger conventionnellement

1. Tripier, *op. cit.*, p. 173.

2. *Id.*, n° 3062.

3. *Id.*, n° 3069.

à la règle qu'il posait dans l'article 34, et qu'il considérerait comme absolument nécessaire pour empêcher l'oppression de la minorité par la majorité dans des circonstances aussi graves que celles dans lesquelles il s'agissait de statuer.

Mais, bien entendu, comme nous l'observions précédemment pour les assemblées constitutives de la commandite et, ainsi que cela a été formellement reconnu lors de la discussion au Corps législatif<sup>1</sup>, à défaut par l'assemblée convoquée de satisfaire aux exigences de l'article 34, il pourra en être convoqué une nouvelle, qui, si elle remplit les conditions voulues, délibérera dès lors valablement sur les questions à résoudre<sup>2</sup>.

FEUILLE DE PRÉSENCE. — BUREAU. — PROCÈS-VERBAL.

*Feuille de présence.* — Aux termes de l'article 28 : « dans toutes les assemblées générales il est tenu une feuille de présence ; elle contient les noms et domicile des actionnaires et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. — Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siège social et doit être communiquée à tout requérant. »

Cette disposition, empruntée à la loi de 1863, a pour objet d'empêcher les fraudes dans la composition des assemblées générales. Grâce à ce moyen de contrôle, il sera facile de constater si les personnes qui ont pris part au vote avaient réellement le droit de faire partie de

1. Tripiér, *loc. cit.*, n° 3064.

2. Pont, *op. cit.*, n° 1685 ; Rivière, *op. cit.*, n° 229 ; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 203.

l'assemblée générale, et si les votants ont été en nombre suffisant pour satisfaire aux exigences de la loi et des statuts. Nous ne pouvons qu'approuver cette mesure de prudence. Mais, où la loi prête à la critique, c'est quand elle exige que la feuille de présence soit communiquée à tout requérant. Il nous semble que le but de protection poursuivi eut été suffisamment atteint en réservant aux actionnaires ce droit de communication que l'on reconnaît au premier venu<sup>1</sup>.

*Du bureau.* — Le premier acte des actionnaires réunis en assemblée générale, doit être la constitution du bureau auquel l'article 28 fait allusion. Cette constitution est indispensable pour assurer l'ordre et la régularité des délibérations. La loi garde le silence sur la composition du bureau, mais il est bien rare que les statuts ne s'expliquent pas sur ce point. Le bureau comprend en général un président pour diriger les délibérations, des scrutateurs pour recueillir les votes et un secrétaire pour constater les décisions prises par l'assemblée générale et les rédiger. Les membres du bureau certifient la feuille de présence et signent également le procès-verbal rédigé par le secrétaire, procès-verbal dont nous avons à dire quelques mots.

*Procès-verbal.* — Ce document doit être le résumé aussi exact que possible des délibérations prises par l'assemblée générale ; la signature des membres du bureau et celle des personnes déterminées par les statuts en atteste la sincérité. C'est, en somme, une preuve écrite des délibérations de l'assemblée générale, aussi sa non-

1. Pont, *op. cit.*, n° 1666 ; De Courcy, *op. cit.*, p. 117.

existence, sauf disposition contraire expresse des statuts, n'entraînerait-elle pas la nullité de ces délibérations elles-mêmes. La théorie de la cour de Lyon<sup>1</sup> d'après laquelle les délibérations des assemblées générales doivent être tenues pour inexistantes si elles sont constatées simplement dans des procès-verbaux dépourvus de signatures ne nous paraît donc pas admissible.

Ceci nous conduit à décider, avec la cour de Paris<sup>2</sup>, que, dans l'hypothèse spéciale où les procès verbaux non signés s'appliqueraient aux délibérations d'assemblées générales constitutives, il n'y aurait pas lieu de déclarer la société nulle en vertu de l'article 44 de la loi de 1867, si, d'ailleurs, la réunion de ces assemblées et l'existence de délibérations conformes aux exigences formulées par les articles 4 et 24 de cette loi n'étaient pas contestées.

Mais si, en pareil cas, à côté de ces procès-verbaux dépourvus de signatures, il n'y avait pas d'acte écrit régulier constatant l'existence des délibérations en question, la société serait nulle pour défaut de publicité, car, il serait alors impossible, faute d'original, de déposer aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu où est établie la société, la copie dont il est parlé dans l'article 55, copie dont le dépôt est exigé par l'article 56 à peine de nullité.

Si la cour de Paris, dans l'arrêt précité, s'est refusée à prononcer cette nullité, dans l'espèce qui lui était soumise, c'est justement à raison de l'existence de deux actes écrits réguliers suppléant la nullité du procès-verbal proprement dit.

1. Arrêt du 26 nov. 1863 ; Dall., 1864, II, 233. *J. Pal.*, 1864, p. 951 ; Sic Pont, *op. cit.* § 998.

2. Arrêt du 29 juillet 1880 ; *Journ. soc.*, 1881, p. 37.

PROJET DE LOI. — Législation étrangère.

Le projet réglemeute d'une manière uniforme la composition des assemblées générales dans la commandite par actions et dans la société anonyme. D'après ces dispositions, les assemblées *ordinaires* pourront délibérer valablement à la condition de réunir un nombre d'actionnaires représentant au moins un quart du capital social ou même une fraction quelconque de ce capital, quand elles seront réunies sur deuxième convocation (art. 20). Les assemblées *constitutives* et *extraordinaires* réunies sur première convocation devront, pour émettre un vote valable, être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social ; réunies sur deuxième convocation, elles délibéreront valablement si la fraction du capital représentée par les actionnaires présents est égale au cinquième au moins du capital social (art. 21). C'est, comme on voit, la généralisation aux assemblées constitutives de la commandite par actions et aux assemblées extraordinaires de la société anonyme de la procédure par défaut, admise aujourd'hui seulement pour les assemblées constitutives et ordinaires de la société anonyme.

On peut s'étonner peut-être de ne voir exiger aucune majorité en nombre. La commission a suivi en cela les errements de la législation étrangère qui n'exige, en général, que la représentation, par les actionnaires pré-

sents, d'une fraction plus ou moins considérable du capital social. Le code de commerce allemand (art. 180 et 209 b) exige cependant, pour la validité des délibérations des assemblées constitutives, que ces délibérations soient prises à la majorité d'actionnaires comprenant le quart de tous les actionnaires et représentant le quart du capital social.

Le code de commerce italien (art. 156) ; la loi belge (art. 59) et la loi du Brésil (art. 15, §§ 3 et 4) admettent la procédure par défaut pour les assemblées extraordinaires sans même exiger, comme le projet, que la décision ne puisse être prise que par une assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant une fraction minima du capital social ; mais, pour éviter que la décision puisse être votée par une majorité sans consistance, la loi belge veut que cette majorité comprenne au moins les trois quarts des membres présents à l'assemblée, et la loi du Brésil n'admet la validité de la délibération prise par une assemblée ne satisfaisant pas aux conditions qu'elle exige, en principe, que dans l'hypothèse où cette assemblée est réunie sur troisième convocation.

Le projet autrichien règle la composition des assemblées extraordinaires sur l'importance plus ou moins grande des objets soumis à leurs délibérations.



Comme la loi de 1867, le projet s'en rapporte implicitement aux statuts pour tout ce qui concerne la tenue des assemblées générales. La plupart des législations étrangères imitent ce silence. La loi belge cependant, après avoir posé le principe de la liberté de la convention en

cette matière, décide expressément qu'en l'absence de dispositions spéciales des statuts à cet égard, les nominations se font et les décisions se prennent d'après les règles ordinaires des assemblées délibérantes. Les procès-verbaux sont signés par les actionnaires nécessaires à la formation de la majorité (art. 61).

Cette loi exige également que la délibération de l'assemblée constitutive dont elle prescrit la réunion soit constatée par acte authentique (art. 32). Le code fédéral suisse des obligations (art. 618 et 619) exige, en pareil cas, un procès-verbal authentique ou signé de tous les membres de l'assemblée ayant approuvé la décision prise.

#### DISPOSITION PÉNALE.

Aux termes de l'article 13 : 1° Les personnes qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartenaient pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale ; 2° celles qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux ; sont punies d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs, ce, sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu envers la société ou envers les tiers ; elles peuvent même être condamnées, en outre, à un emprisonnement de quinze jours à six mois.

Cette dernière disposition, empruntée à la loi du 23 mai 1863, ne figurait pas dans le projet de 1867 ; c'est seulement à la suite d'une discussion assez vive au Corps législatif, qu'elle fut ajoutée au texte primitif de l'article 13. Il y a là une aggravation de peine facultative

pour les tribunaux qui la prononceront quand ils jugeront la répression pécuniaire insuffisante.

A l'inverse et si les pénalités édictées par l'article 13 leur paraissent exagérées, dans l'espèce qui leur est soumise, les tribunaux peuvent, aux termes de l'article 16 de notre loi, appliquer ici l'article 463 du code pénal et réduire ces pénalités au niveau de celles de simple police.

Les dispositions de l'article 13 s'appliquent, bien certainement, sans distinction, à toutes les assemblées générales, et il ne peut être question de les limiter aux assemblées générales réunies en cours de société; les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard<sup>1</sup>; mais, il est à noter qu'elles atteignent seulement ceux qui ont *créé* une majorité factice dans les assemblées. Aucune disposition spéciale, en effet, ne permet de considérer ici comme délit la simple tentative de délit. Ceux qui ont essayé sans résultat de falsifier le vote de l'assemblée échappent donc aux pénalités précédentes.

La loi belge (art. 131) punit au contraire le *fait seul* d'avoir pris part au vote, mais elle se montre moins sévère que la nôtre en ce que, là où l'art. 13 admet l'emprisonnement, elle ne prononce jamais qu'une amende.

Le projet présenté par la commission extra-parlementaire reproduit en les aggravant les pénalités édictées par l'art. 13. D'après son article 99, les faits précédents

1. « L'atteinte portée à la sincérité de l'assemblée générale, disait M. Millet au Corps législatif, est le fait le plus grave qui puisse se produire en matière de société, car il affecte, ou peut affecter, tous les actes essentiels de la vie sociale, tels que *l'appréciation des apports et des avantages particuliers de certains des actionnaires*, la création du conseil de surveillance, l'appréciation de la régularité des inventaires et de la sincérité des dividendes, et enfin l'appréciation aussi de l'opportunité de la dissolution de la société. » Trip., II, n° 4613.

entraînent toujours, avec l'amende, condamnation à l'emprisonnement et l'article 106 autorise même les tribunaux à déclarer le condamné incapable d'exercer les fonctions de juge au tribunal de commerce ou de membre d'une chambre de commerce, ou d'une chambre consultative des arts et manufactures pendant un délai qui ne peut excéder cinq années.

L'art. 107 admet cependant l'application de l'article 463 du code pénal.

---

## CHAPITRE II

### POUVOIRS DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES.

Suivant en cela l'ordre indiqué par la marche des événements, nous examinerons successivement les pouvoirs :

- 1° Des assemblées générales constitutives;
- 2° — — ordinaires;
- 3° — — extraordinaires.

#### SECTION I. — Pouvoirs des assemblées générales constitutives.

Ces assemblées, qu'il s'agisse d'une commandite par actions ou d'une société anonyme, ont pour mission préalable et principale de vérifier les apports en nature et les avantages particuliers.

De tout temps les avantages particuliers stipulés au profit de certains associés et surtout, les apports en nature effectués en général par les fondateurs, ont été la source de nombreux abus. Trop confiants dans la loyauté de spéculateurs malhonnêtes, éblouis, d'ailleurs, par la perspective des bénéfices considérables que faisaient miroiter à leurs yeux les prospectus les plus alléchants, nombre de gens, étrangers aux affaires, souscrivaient sans réflexion comme sans contrôle, des actions dans une société à gros capital; puis, les premières opérations commencées, ces souscripteurs imprudents

ne tardaient pas à s'apercevoir que le capital annoncé n'était qu'une véritable duperie, qu'il se composait pour la presque totalité d'apports en nature scandaleusement exagérés et que la société, faute de ressources suffisantes, se trouvait vouée à une ruine certaine; mais leur engagement était définitif et la lumière arrivait trop tard.

Depuis 1838, époque à laquelle ces fraudes et ces surprises s'étaient manifestées de la manière la plus criante, bien des systèmes avaient été proposés pour les éviter, le législateur de 1867 s'est rallié à celui qu'avait adopté la loi de 1856. Il a pensé que le meilleur moyen d'empêcher les abus signalés consistait à prémunir en quelque sorte le souscripteur contre lui-même en l'empêchant de s'engager définitivement dès le jour de la souscription; il a voulu l'obliger, avant de se lier d'une manière irrévocable, à contrôler l'exactitude des évaluations proposées, le bien fondé des avantages stipulés, et cela, non pas individuellement, dans la crainte qu'il ne se laissât circonvenir, mais, en assemblée générale, de manière à ce que son consentement définitif, éclairé par la discussion, fût donné librement et en connaissance de cause.

En résumé, dans le système consacré par le législateur de 1867, les souscripteurs ne sont liés définitivement que le jour où, réunis en assemblée générale dans des conditions déterminées, ils ont donné leur approbation aux évaluations proposées et aux avantages stipulés. La date de cette approbation est celle de la naissance de la société.

Ceci dit, et sans nous arrêter aux critiques que ce système a soulevées dans la doctrine, examinons rapidement avant d'entrer dans le détail de la mission de con-

trôle confiée en cette circonstance à l'assemblée générale, quel est l'objet sur lequel doit porter ce contrôle, ou, en d'autres termes, ce qu'il faut entendre exactement par apports en nature et avantages particuliers.

*Apports en nature.* — Par *apport en nature* il faut entendre, ainsi que le dit la loi, tout apport ne consistant pas en numéraire, c'est-à-dire, tout apport effectué autrement qu'en argent ou en valeur assimilables, telles que, par exemple, des billets de banque.

Tout ce qui peut être cédé à la société, c'est-à-dire toute chose corporelle ou incorporelle ayant une valeur vénale peut faire l'objet d'un apport en nature. Des immeubles, un matériel d'exploitation, l'industrie d'un associé, une concession de mine, un brevet d'invention, tels sont les exemples d'apports en nature que l'on peut citer comme se rencontrant le plus fréquemment dans la pratique, mais il est bien évidemment impossible d'en donner une énumération complète.

*Avantages particuliers.* — Toute stipulation ayant pour effet de créer à un actionnaire une situation privilégiée doit être considérée comme un avantage particulier soumis à la vérification des assemblées constitutives. Tel serait, par exemple, le cas où un associé, en rémunération des services que son industrie pourra rendre à la société, se ferait attribuer un certain nombre d'actions libérées en tout ou en partie, ou stipulerait à son profit le droit de prélever une certaine somme dans les bénéfices avant tout partage. L'égalité qui est la base de tout contrat de société exige que ces avantages soient justifiés.

Si un associé se faisait reconnaître le droit de fournir à la société pendant un temps déterminé et moyennant un certain prix les matières premières dont la transformation fait l'objet de la société, nous ne dirions pas qu'il y a là un avantage particulier soumis à vérification. Nous serions, en effet, en présence d'un marché de fourniture et l'alea qui affecterait nécessairement une opération de cette nature, empêcherait d'y voir une clause portant atteinte au principe de l'égalité entre associés <sup>1</sup>.

Nous ne verrions pas davantage matière à vérification dans une clause du pacte social permettant aux associés de se libérer par anticipation de la deuxième moitié du versement du montant de la souscription dont la première seule serait immédiatement exigible, et accordant à ceux qui auraient ainsi devancé l'appel, le droit de toucher leurs dividendes tous les trois mois, tandis que les autres les toucheraient seulement tous les six mois. Cet avantage serait ouvert, en effet, à tous les associés qui se trouveraient ainsi sur un pied parfait d'égalité.

La solution contraire se heurterait, d'ailleurs, à une impossibilité matérielle résultant de la disposition de l'article 4, § 5, puisque, dans l'hypothèse prévue, aucun des souscripteurs réunis en assemblée générale n'aurait le droit de voter.

Le traitement alloué par les statuts au gérant d'une société en commandite par actions ou aux administrateurs d'une société anonyme doit-il être considéré comme un avantage particulier soumis à vérification?

Un jugement du tribunal de Bordeaux du 16 août 1864 statuant sous l'empire de la loi de 1856 avait admis

1. Pont, *op. cit.*, n° 975.

la négative pour le gérant. Ce dernier, disait-il, a deux qualités bien distinctes : il est gérant; il est associé. Or, la loi ne parle que des avantages stipulés par « l'associé, » elle ne mentionne pas le gérant.

Rien de plus juste d'ailleurs, ajoutait-il, que cette distinction. Le gérant qui consacre son temps et son intelligence aux affaires de la société, qui engage en outre par ses actes sa responsabilité vis-à-vis des associés et des tiers, doit pouvoir exiger la rémunération de ses services, et il est impossible de voir dans cette juste rémunération, un avantage particulier.

La cour de Bordeaux<sup>1</sup> n'accepta point cette doctrine. Ainsi que l'observe très bien son arrêt, il est purement arbitraire de scinder ainsi deux qualités coexistantes et indivisibles pour apprécier le caractère des avantages conférés à la personne qui les réunit. Rien ne prouve que dans la pensée du législateur l'expression « associé » ne désigne pas le gérant. Sans doute, sa rémunération se conçoit très bien dans l'espèce; mais, il ne s'ensuit nullement qu'elle doive échapper à la vérification de l'assemblée générale.

L'article 4 de la loi de 1867, en ce qui concerne le point qui nous occupe, n'étant que la reproduction textuelle des termes de la loi de 1856, nous admettons aujourd'hui encore la même solution qui doit être étendue par identité de motifs aux administrateurs d'une société anonyme, nominativement désignés par les statuts<sup>2</sup>.

1. 20 nov. 1865. Dall., 67, II, 7.

2. Si les administrateurs ne sont pas désignés nominativement, il y a là un avantage qui s'adresse à tous les actionnaires et qui, par conséquent, ne peut être considéré comme un avantage particulier. Voy. dans le sens de notre opinion au sujet du traitement du gérant :

Dans tous les cas où il y aura doute sur la question de savoir si une stipulation des statuts au profit d'un associé constitue ou non un avantage particulier, les tribunaux et non l'assemblée générale, décideront. Il s'agit ici, en effet, d'interpréter la loi ; or, aucun texte n'a conféré ce pouvoir aux assemblées constitutives<sup>1</sup>.

Connaissant maintenant les questions soumises à l'examen des deux assemblées dont l'article 4 prescrit la réunion, nous avons à déterminer la mission exacte de chacune d'elles, les différents partis qu'elles peuvent prendre et les conséquences de leurs délibérations.

*Pouvoirs de la première assemblée.* — La mission de cette assemblée est toute préparatoire : « Lorsqu'un associé, porte l'art. 4 (5<sup>e</sup> al.), fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, *la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.* »

Le rôle de la première assemblée consiste donc purement et simplement à prendre les mesures qui permettront à la deuxième assemblée de délibérer en connaissance de cause. Partant, notre assemblée ne pourrait, sous quelque prétexte que ce soit, statuer en dernier ressort, c'est-à-dire approuver ou rejeter définitivement les apports en nature et les avantages particuliers soumis à vérification. Ce faisant, elle excéderait son droit,

Vavasseur, *op. cit.*, n° 411 et s. Beslay et Lauras, *op. cit.*, n° 404 et suiv. Beudant, *Revue pratique*, t. XXXVI, p. 137. Pont, *op. cit.*, n° 976; Mathieu et Bourguigat, *op. cit.*, n° 40. Rivière n° 52. Alauzet, *op. cit.*, n° 457.

1. Vavasseur, *op. cit.*, n° 440. Pont, *op. cit.*, n° 981. Beslay et Lauras, n° 411. Cassation, 48 décembre 1867; Dall., 67, I, 474.

elle sortirait du cercle de ses attributions, et la nullité de ses délibérations entraînerait celle de la société elle-même.

Le texte de l'article 4 impose cette solution dont les motifs sont très nettement exposés dans le rapport de la commission<sup>1</sup>. Comment notre assemblée générale s'acquittera-t-elle de sa mission; quel sera le mode de vérification à suivre?

La loi est muette sur cette question et les travaux préparatoires nous montrent que son silence est intentionnel. Lors de la discussion de l'art. 4, M. de Saint-Paul proposa un amendement ainsi conçu : « Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale désigne trois personnes prises, soit dans son sein, soit en dehors, et leur donne la mission d'apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. — Ces trois appréciateurs font un rap-

1. « On aurait voulu, dit ce rapport (Trip., n° 278), simplifier le mécanisme créé par la loi; ne pas imposer à la première assemblée générale, si elle est suffisamment éclairée, la perte de temps et d'argent d'une appréciation faite par des tiers de la valeur de l'apport ou de la cause des avantages stipulés : on aurait voulu surtout éviter la convocation d'une seconde assemblée générale destinée à approuver l'appréciation prescrite par la première. Mais la réflexion a déterminé votre commission à maintenir ces restrictions salutaires. La loi s'est, avec raison, défilée des entraînements de la première heure. Il y a dans les sociétés, comme en d'autres associations, une lune de miel dont les ardeurs peuvent être dangereuses si elles ne sont pas contenues. Une première assemblée générale serait trop disposée, en général, là même où tous les éléments en seraient sincères, à tout accepter en aveugle. L'intervention d'une sorte d'expertise, la nécessité d'une convocation spéciale et de l'approbation d'une assemblée nouvelle, tout cela laisse aux esprits le temps de se calmer, à la vérité le moyen de se faire jour et d'éviter ces regrettables surprises. En somme, l'exagération et la fraude pourraient seuls se plaindre de ces sages précautions; nul intérêt sérieux et légitime n'en peut souffrir. »

port; il est signé d'eux, imprimé et tenu à la disposition de tous les actionnaires. » — Il s'agissait, comme on voit, de réglementer le travail de vérification. L'assemblée eut été obligée de se conformer rigoureusement, à la marche que le législateur lui eut tracée. Mais, l'amendement fut repoussé, comme apportant une entrave inutile à la liberté de l'assemblée. La commission trouvait, à juste titre, qu'il y avait là un excès de réglementation et qu'il était peu raisonnable d'astreindre l'assemblée générale à nommer trois appréciateurs si un seul lui semblait suffisant ou si cinq lui paraissaient nécessaires.

Suivant MM. Beslay et Lauras <sup>1</sup>, le rapport dont il est parlé dans l'article 4, impliquerait de toute nécessité la nomination d'une commission, un rapport, disent-ils, ne pouvant se concevoir que comme résultat et compte rendu des travaux d'une commission. Cette interprétation absolument contraire au langage de la pratique <sup>2</sup>, est d'ailleurs en contradiction complète avec les travaux préparatoires. Ainsi que nous l'observions, il n'y a qu'un instant, il a été dit très formellement dans le rapport de la commission que l'assemblée pouvait, si bon lui semblait, confier le soin de la vérification à un appréciateur unique <sup>3</sup>. Par *à fortiori* nous n'exigerons pas qu'il soit procédé à la vérification par voie d'expertise. Sans doute, l'assemblée agira sagement en employant ce moyen de contrôle qui lui assure toute garantie, mais c'est là une faculté dont elle est libre de ne pas user <sup>4</sup>.

1. *Op. cit.*, n° 424.

2. On parle tous les jours du rapport d'un expert.

3. Trip., *op. cit.*, n° 576.

4. Pont, *op. cit.*, n° 991. Beudant, *loc. cit.*, p. 141.

Le rapporteur doit-il être nécessairement désigné par l'assemblée générale? La négative nous paraît bien fondée. Il ne faut pas, et cette observation s'applique également à ce que nous avons dit précédemment, il ne faut pas, disons-nous, dans le silence de la loi, exiger l'accomplissement de formalités dont l'omission, ne l'oublions pas, aurait pour conséquence la sanction si grave de l'article 7, c'est-à-dire la nullité de la société.

L'assemblée pourra donc laisser le choix du rapporteur, soit à la commission ou aux experts nommés par elle, soit même aux gérants ou aux administrateurs provisoires <sup>1</sup>.

*Pouvoirs de la deuxième assemblée.* — La mission de cette assemblée, si on l'envisage dans ses résultats, est d'une importance considérable. Il n'est plus ici question, en effet, de prendre comme précédemment une décision préparatoire ne préjugant en rien l'avenir.

La seconde assemblée, nous dit l'article 4, *statue* sur l'approbation des apports ou des avantages particuliers. Le sort de la société est entre ses mains; de là les précautions multiples prises par le législateur pour assurer un vote à la fois sincère et éclairé; admission de tous les actionnaires à l'assemblée, majorité spéciale, droit de vote limité, et aussi, rédaction du rapport auquel nous avons déjà fait allusion et au sujet duquel l'article 4

1. Beslay et Lauras, *op. cit.*, n° 437. M. Pont (n° 994) ne reconnaît au gérant ou aux administrateurs provisoires, le droit de désigner le rapporteur que si ce droit leur a été expressément conféré par l'assemblée générale.

s'exprime en ces termes : « La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport et des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires, cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. »

Ce rapport, bien que la loi soit muette sur ce point, doit, son but l'indique assez, renfermer tout ensemble la vérification et l'appréciation des apports et des avantages, c'est-à-dire constater que les apports correspondent bien à la description qui en a été faite par leurs auteurs, et indiquer en outre, si la valeur d'estimation n'est pas excessive et si les avantages particuliers sont justifiés. L'exposé des calculs sur lesquels sont basées les appréciations du rapport servira d'appui à ses conclusions. La loi qui exige l'impression du rapport de manière à en assurer la sincérité, tout en rendant sa communication plus facile, se montre peu explicite sur le mode de communication à suivre.

Envoyer le rapport à chaque souscripteur serait, sans contredit le mode le plus satisfaisant ; mais la loi est moins exigeante. Pourvu que le rapport soit tenu à la disposition des souscripteurs cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée, et pourvu qu'un avis fasse connaître à ces derniers, en temps utile, que le rapport est déposé dans un endroit déterminé où ils pourront en prendre communication, elle doit être déclarée satisfaite<sup>1</sup>.

L'examen auquel se livre l'assemblée lui prouve-t-il que l'évaluation des apports est exacte ; reconnaît-elle que les avantages particuliers sont justifiés ? Un vote approbatif intervient alors, et, à partir de cet instant,

1. Pont, *op. cit.*, n° 996. Beslay et Lauras *op. cit.*, n° 439 et suiv. Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 44, Bedarride, *op. cit.*, p. 106.

L'adhésion conventionnelle donnée aux statuts par les souscripteurs devient irrévocable.

L'assemblée estime-t-elle, au contraire, que la valeur des apports est exagérée; les avantages stipulés lui paraissent-ils peu en rapport avec l'importance des services rendus ou à rendre par leurs bénéficiaires, elle peut alors refuser son approbation et la conséquence de ce défaut d'approbation sera la rupture du projet de société. « A défaut d'approbation, lisons-nous dans l'article 4, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. » L'engagement conditionnel pris par les souscripteurs se trouve donc anéanti et chacun d'eux réclamera les sommes par lui versées entre les mains des fondateurs.

Ces deux hypothèses: approbation ou refus purs et simples, sont les seules prévues, l'une implicitement, l'autre textuellement par l'article 4. Mais il en est une troisième sur laquelle nous avons maintenant à nous expliquer.

L'assemblée générale, trouvant les évaluations exagérées, pourrait-elle, du consentement des associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages<sup>1</sup>, prononcer une approbation avec réduction ?

Si, tous les souscripteurs étant présents à l'assemblée générale, ce vote transactionnel réunissait l'unanimité des suffrages, aucune difficulté ne pourrait s'élever et l'approbation serait parfaitement valable; mais c'est là une hypothèse invraisemblable, et la question qui se pose est celle de savoir si le vote de réduction émis par une majorité satisfaisant strictement aux conditions exigées par la loi pourrait lier la minorité et les absents.

1. On ne peut songer en effet à permettre à l'assemblée générale de réduire les apports ou les avantages contre la volonté des intéressés.

Le texte de l'article 4, a-t-on dit en faveur de la négative, refuse très formellement à la majorité un droit aussi exorbitant. *A défaut d'approbation*, y lisons-nous, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. Or, comment prétendre que l'assemblée [qui reconnaît que les apports et les avantages sont exagérés, puisqu'elle rejette les évaluations proposées, donne alors cette approbation sous la condition de laquelle les souscripteurs se sont engagés.

Le système de la loi est bien simple, plus simples sont encore les principes dont elle fait l'application. La loi, prenant en mains l'intérêt du souscripteur trop enclin à signer sans réflexion et sans examen un acte définitif, veut que la souscription ne puisse être que conditionnelle. Le souscripteur s'engage à faire partie de la société sous cette condition suspensive. « Si l'assemblée générale approuve la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. » L'assemblée déclare-t-elle les évaluations exactes ? La condition est réalisée et le souscripteur est définitivement lié. Trouve-t-elle au contraire que les évaluations sont exagérées ? La condition étant défaillie, l'engagement du souscripteur est réputé n'avoir jamais existé. Il n'y a pas de place pour un système mixte. Le contrat de société dans lequel les apports ou les avantages figurent avec une évaluation différente de l'évaluation proposée n'est plus celui auquel les souscripteurs avaient donné leur adhésion. Admettre que le vote de l'assemblée qui délie le souscripteur de son engagement primitif, peut, en même temps, l'engager malgré lui dans les liens d'une convention nouvelle, c'est violer les principes les plus élémentaires du droit, c'est reconnaître l'existence d'un contrat synallagmatique formé sans le

concours de volontés des parties contractantes ; et, ainsi qu'il a été dit lors de la discussion au Corps législatif, introduire dans la législation un nouveau contrat que l'on pourrait appeler *le contrat imposé*<sup>1</sup>.

Ce système n'est pas celui du législateur de 1867. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard.

Lors de la discussion de notre article au Corps législatif, M. Javal, prévoyant la difficulté qui nous arrête en ce moment, présentait un amendement destiné, disait-il, à la supprimer. « En prenant le sens littéral de l'article, observait l'orateur<sup>2</sup>, on voit qu'à défaut d'approbation de la valeur des apports, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. Rien ne permet d'être certain que si on venait, lors de la seconde assemblée générale prévue par la loi pour la vérification des apports, à changer l'évaluation et à se mettre d'accord sur une évaluation nouvelle réduite, cet accord pût s'établir valablement par simple voix de majorité. C'est pourquoi je demande l'addition de quelques mots fort courts et fort simples qui feraient cesser cette ambiguïté. Je demande qu'on ajoute à la rédaction proposée par la commission et par le gouvernement, après les mots : à défaut d'approbation la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties, les mots suivants : à moins que les parties ne se mettent d'accord sur une évaluation différente ; alors, tout sera clair. Dans la situation actuelle, je crains que cette interprétation ne puisse être sûrement donnée à l'article 4, à moins que l'on n'y

1. Voy. en ce sens Vavasseur, *op. cit.*, n° 407 et 408. Dall. *Rép.*, v° Soc., n° 1109. Alauzet, *op. cit.*, n° 652.

2. Tripier, *op. cit.*, I, p. 499 et suiv.

ajoute la rédaction claire et courte que je propose par mon amendement. » La commission se prononça contre l'amendement, le texte de l'article 4 étant à son avis parfaitement clair et ne s'opposant en aucune façon à l'accord transactionnel dont parlait M. Javal. « La disposition qu'on propose à la Chambre, disait-elle par l'organe de son rapporteur, est inutile, car ce serait introduire dans la loi une faculté de droit commun et qui appartient en matière de société en commandite comme en tout autre aux parties contractantes. » Et plus loin, M. Javal ayant fait observer ironiquement au commissaire du gouvernement que, puisqu'il parlait dans le sens de la commission, il espérait bien le voir s'y rallier, le rapporteur répondit encore : « Votre amendement est inutile, puisque l'article dit la même chose. »

Les arguments exposés à l'appui du système précédent ont été longuement développés au Corps législatif lors de la discussion de l'article 4 par les orateurs qui prirent la parole à cette occasion. M. Picard prétendit même que ce système était celui de la loi, mais cette interprétation de l'article 4 fut énergiquement combattue par le rapporteur et le commissaire du gouvernement, et le vote qui a repoussé l'amendement de M. Javal a été bien certainement la consécration de l'opinion de ces derniers.

Au reste, les arguments mis en avant par les partisans du système rejeté par le législateur de 1867 sont loin d'être sans réplique ; le rapporteur de la commission et le commissaire du gouvernement y ont très bien répondu. La réduction des évaluations proposées n'a point pour résultat, comme on l'a prétendu, la formation d'un contrat nouveau. Sans doute, l'engagement du

souscripteur est, de par la loi, affecté d'une condition suspensive; mais cette condition suspensive est simplement celle d'une vérification préalable soumise à l'appréciation de la deuxième assemblée érigée en tribunal de revision, ayant pour mission de mettre obstacle à des exagérations dangereuses.

Entendue autrement, la disposition tutélaire de la loi serait peu raisonnable et tournerait au désavantage de ceux-là même qu'elle a voulu protéger.

Les évaluations, en effet, seront presque toujours inexactes, car il y a lieu de tenir compte des illusions des intéressés, lesquels, malgré leur entière bonne foi, seront toujours enclins à s'exagérer la valeur de leur chose ou l'importance de leurs services. Refuser à l'assemblée générale le droit de réduire ces évaluations, la placer dans l'alternative d'approuver purement et simplement les évaluations ou de mettre à néant le contrat de société par un refus d'approbation, serait par suite extrêmement dangereux. L'assemblée approuverait presque toujours et, par là, constituerait la société dans des conditions regrettables.

Les absents n'ont pas à se plaindre d'une réduction qui, d'ailleurs, en ramenant l'entreprise à ses proportions exactes, augmente par là même ses chances de prospérité. Le rapport les a prévenus en temps utile; ils ont été convoqués individuellement; rien, par conséquent ne les empêchait de prendre part au vote sinon par eux-mêmes, au moins par mandataires de leur choix et investis de leur confiance. En n'assistant pas à la réunion, en ne chargeant aucun fondé de pouvoir de les représenter, ils s'en sont, par là même, rapportés au vote de leurs coassociés, et ceux-ci sont, à juste titre, considé-

rés par la loi comme leurs mandataires à l'effet de statuer au mieux des intérêts de la société. Mais, dit-on, l'exagération peut être tellement considérable que la physiologie de l'affaire en est complètement changée. L'apport réduit était, peut-être, l'objet essentiel de la société; peut-être s'agissait-il, par exemple, d'une société formée pour l'exploitation d'un brevet objet de l'apport; or, si la valeur de ce brevet est dérisoire, la société perd absolument sa raison d'être. A ceci nous répondrons, avec le rapporteur de la commission<sup>1</sup>, que l'hypothèse d'un vote transactionnel intervenant dans de semblables conditions est d'une invraisemblance qui touche à l'impossibilité. Les souscripteurs qui prennent part à l'assemblée sont tous directement intéressés au succès de l'entreprise projetée, et l'hypothèse d'un vote aussi étrange ne pouvait entrer dans les prévisions du législateur<sup>2</sup>.

L'existence d'apports en nature lors de la constitution de la société nécessite toujours, en principe, la réunion d'assemblées générales chargées de les vérifier et approuver; les motifs de cette exigence ont été suffisamment développés pour qu'il soit inutile d'y revenir; mais il est un cas exceptionnel dans lequel ces motifs ne se rencontrent plus. Nous voulons parler de l'hypothèse prévue et réglée par le dernier alinéa de l'article 4, aux termes duquel il n'y a pas lieu de procéder à la vérification des apports quand la société à laquelle ces apports sont effectués est formée entre ceux-là seuls

1. Tripiér, *op. cit.*, p. 504.

2. Voy. en ce sens. Beslay et Lauras, *op. cit.*, n° 467 et suiv. Pont, *op. cit.*, n° 1023. Rivière, *op. cit.*, n° 49. Mathieu et Bourguignat, n° 48. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, p. 216, note 4. Boistel, *op. cit.*, p. 182, n° 257 *in fine*.

qui en sont propriétaires par indivis. « Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait le dit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis. »

Cette disposition est une innovation heureuse du législateur de 1866. Si elle n'existait pas, la constitution de la société dans l'hypothèse prévue serait irréalisable. La loi, en effet, nous l'avons déjà dit, refuse aux souscripteurs auteurs des apports en nature le droit de prendre part au vote de vérification. Or, dans l'espèce, tous les souscripteurs se trouvant sous le coup de cette exclusion, l'approbation exigée par l'article 4 serait impossible, et cette approbation étant prescrite à peine de nullité, la société ne pourrait se former <sup>1</sup>.

La justification théorique de l'exception consacrée par l'article 4 est facile à fournir.

Quand la société est formée entre copropriétaires par indivis, les intérêts de chacun des associés sont

1. La pratique avait cependant trouvé le moyen de se soustraire aux exigences formulées par la loi. Un syndicat était constitué par quelques associés ou copropriétaires qui se faisaient céder les droits des autres associés ou copropriétaires, puis, une société par actions était formée entre ces derniers et les syndicataires qui apportaient alors à la nouvelle société les droits ainsi acquis momentanément. Les anciens associés ou copropriétaires, en leur qualité d'étrangers à cet apport, se réunissaient en assemblée générale pour le vérifier, ce qui, bien entendu, se faisait sans discussion.

La légitimité de but poursuivi en pareille circonstance rendait bien difficile la critique de ces agissements. Mais, comme l'observait avec beaucoup de raison la commission législative de 1867 dans son rapport (Trip. I, p. 417), une simulation est toujours regrettable alors même qu'elle ne poursuit pas un but mauvais, et on ne peut qu'approuver le législateur de l'avoir supprimée en en faisant disparaître la cause.

exactement les mêmes; tous se trouvent dans une situation identique, et l'exagération ou l'avilissement des apports ne profiterait ni ne nuirait à personne par cela même qu'elle profiterait ou nuirait également à tous. L'élément intéressé à exercer le contrôle fait donc défaut. Si des souscripteurs étrangers étaient admis à faire partie de la société, nous ne serions plus dans l'hypothèse prévue par la loi et la vérification devrait avoir lieu.

Sans doute, une société ne pouvant fonctionner sans numéraire, il faudra bien en trouver et, si les copropriétaires sont dans l'impossibilité de fournir ce numéraire, un emprunt deviendra nécessaire; mais ceci n'enlève rien à la force des considérations précédentes et on n'exigera pas pour cela une vérification impossible. Cependant, l'emprunt ne sera valable, la constitution de la société ainsi formée sans vérification ne sera régulière, que s'il n'y a pas souscription déguisée sous forme d'émission d'obligation, si, par exemple, dans le but de soustraire leurs apports à la vérification, les nouveaux associés émettaient des obligations auxquelles ils rattacheraient comme prime des actions de fondation, il y aurait en réalité fraude à la loi, et la société pourrait être déclarée nulle par application des principes généraux, car, le cas de fraude doit toujours être réservé. Le rapport de la commission est formel en ce sens <sup>1</sup>.

Cette observation nous amène à parler d'une hypothèse spéciale dans laquelle la fraude pourrait également se produire, mais sous une forme plus dangereuse parce qu'elle serait plus difficile à saisir. Il s'agit de l'hypothèse où des spéculateurs malhonnêtes se réuniraient

1. Trip. p. 418.

pour acheter en commun une chose sans valeur qu'ils apporteraient à une société formée uniquement entre eux, en lui donnant une valeur d'estimation considérable, et, au lendemain de la constitution de cette société, s'empresseraient de lancer dans le public les actions représentatives de cet apport frauduleusement exagéré.

Une société formée dans de semblables conditions n'aurait en réalité d'autre objet que l'exploitation de la crédulité publique; aussi la commission, prévoyant ce danger demandait-elle que la dispense de vérification fût restreinte au cas spécial où il ne serait pas fait appel à une souscription publique. Le conseil d'État s'y refusa, y voyant, disait-il, « une restriction dont les limites précises étaient difficiles à justifier; » mais il n'en est pas moins certain que la manœuvre en question, à raison de son caractère frauduleux, entraînerait la nullité de la société ainsi constituée sans vérification préalable.

Faut-il prendre à la lettre la disposition finale de l'article 4 et restreindre l'exception qu'elle consacre au cas unique où les associés sont copropriétaires par indivis de l'apport qui doit constituer le fonds social? Cette question a donné naissance aux difficultés les plus sérieuses. On s'est demandé notamment si deux sociétés venant à fusionner pour n'en plus former qu'une seule dont le capital se composerait uniquement de l'actif réuni des deux sociétés fusionnées sans qu'il soit fait appel à une souscription publique, il y aurait lieu de procéder à la vérification des apports respectifs, c'est-à-dire de l'actif de chacune des anciennes sociétés?

Deux jurisconsultes dont le nom fait autorité en ces

matières se prononcent très énergiquement en faveur de l'affirmative<sup>1</sup>.

Les motifs qui ont fait admettre l'exception formulée par le dernier paragraphe de l'article 4 ne se rencontrent plus, disent-ils, en cette hypothèse; le danger que le législateur a voulu prévenir en exigeant la vérification des apports en nature apparaît ici dans toute sa netteté. Si la vérification est inutile, quand il s'agit de former une société entre copropriétaires par indivis, cela tient à ce qu'en pareil cas, il n'y a pas rivalité d'intérêts entre associés. Il n'y a, en effet, qu'une classe unique d'apports en nature; dès lors, les associés se trouvant les uns vis-à-vis des autres dans une situation identique, l'absence de l'élément intéressé à exercer le contrôle rend ce dernier complètement inutile. Mais, lorsque deux sociétés viennent à fusionner entre elles, la situation est bien différente, car la fraude est alors facile à concevoir. Nous avons, dans l'espèce, autant d'apports en nature, c'est-à-dire autant d'intérêts opposés que de sociétés fusionnant; les actionnaires de chacune de ces sociétés n'ayant aucun droit sur le fonds social des autres, ont par conséquent intérêt à exagérer leur apport, c'est-à-dire l'actif de leur société.

La rédaction de l'article 4 ne laisse d'ailleurs place à aucun doute. En faisant exception pour le cas unique où les associés seraient tous propriétaires par indivis de l'apport mis en société, le législateur a déclaré implicitement, par là même, que la double assemblée devrait être réunie dans tous les cas où cette copropriété ferait défaut.

1. Voy. les notes de MM. Lyon-Caen et Labbé. *Sir.*, 77, II, 1; 1881, I, 5.

Si les exigences formulées par l'article 4 devaient être écartées en notre hypothèse, bien des cas analogues se présenteraient, et les règles protectrices édictées par la loi de 1867 deviendraient illusoires. Rien de plus facile, d'ailleurs, que de donner satisfaction en cette circonstance aux exigences légitimes de l'art. 4. Une assemblée générale à laquelle seront convoqués tous les actionnaires des sociétés fusionnées sera chargée de la vérification, et des votes successifs seront émis par les membres de l'assemblée dont les apports ne seront pas en cause; c'est-à-dire que, lors de chaque vérification, les actionnaires de la société dont l'actif à vérifier fait l'objet du vote ne pourront prendre part à ce vote. De cette façon, les intérêts de tous seront sauvegardés et les prescriptions de la loi seront satisfaites.

Cette manière de voir n'est pas la nôtre. Pour nous, la disposition exceptionnelle de l'article 4, dernier alinéa, s'applique très bien à l'hypothèse en question. Le texte de la loi et les motifs qui ont fait voter l'exception nous imposent cette solution.

Aux termes de l'article 4, cinquième alinéa, rappelons-le : « les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages particuliers n'ont pas voix délibérative. » En vertu de cette disposition, sur la portée de laquelle nous n'avons plus à revenir, aucun actionnaire de la nouvelle société ne pourrait prendre part au vote de vérification; comment dès lors concevoir la réunion d'une assemblée sans votants? De plus, même en admettant les actionnaires dont les apports ne sont pas en discussion, à vérifier ceux de leurs coassociés, l'assemblée générale ne pourrait satisfaire aux conditions exigées par la loi, sa constitution serait nécessairement irrégulière. En effet,

cette assemblée, pour délibérer valablement, doit réunir un nombre d'actionnaires représentant au minimum le quart du capital *en numéraire*, s'il s'agit d'une commandite, la moitié de ce capital s'il s'agit d'une société anonyme. Or, dans l'espèce, le capital en numéraire fait absolument défaut, les exigences de la loi ne peuvent être satisfaites.

Ce dernier argument est repoussé en ces termes par M. Labbé : « Au moins pour la société anonyme, la loi parle de la moitié du capital diminué du montant des apports soumis à vérification. Cela doit s'entendre selon nous comme le texte qui refuse voix délibérative à certains associés. La loi, remarquons-le, ne dit pas qu'il faut retrancher le montant des apports *en nature*, mais le montant des apports *soumis à vérification*.

Rejetant les prémisses de ce raisonnement, nous ne pouvons en admettre les conséquences.

Pour nous, l'article 30, quand il parle des apports non soumis à vérification, entend parler simplement des apports en numéraire, et ces apports n'existant pas dans l'espèce, les éléments nécessaires à la constitution de l'assemblée générale font défaut. L'argumentation est d'ailleurs restreinte à la société anonyme : le texte de l'article 4 est trop formel pour qu'il soit permis de le discuter. Or, ne serait-il pas singulier d'admettre, sur la foi d'une expression équivoque, une différence aussi fondamentale entre la commandite par actions et la société anonyme ?

Mais, dit-on, le cas de fusion ne rentre en aucune façon dans les termes de la disposition finale de l'article 4, et le caractère exceptionnel de cette disposition ne permet pas de l'appliquer en dehors de l'hypothèse

spécialement prévue, sous peine d'annihiler complètement l'effet des mesures de prudence édictées par la loi.

L'exposé des motifs condamne absolument cette interprétation littérale. L'exception écrite dans la loi ne l'a été qu'à titre d'exemple. « Fallait-il, dit le rapport, faire des précautions exigées par la loi une règle absolue ; n'y avait-il pas des *exceptions utiles et nécessaires*? ». Vient ensuite l'énumération de quelques hypothèses soumises comme exemples à la commission par l'un de ses membres, hypothèses dans lesquelles l'application de la règle générale ne pourrait se concevoir.

Dans la pensée de ses auteurs, l'exception consacrée par le dernier paragraphe de l'article 4, ne doit donc pas être restreinte au cas spécialement prévu ; elle doit au contraire être étendue à tous les cas analogues et embrasser toutes les exceptions nécessaires, ce qui est précisément l'hypothèse.

C'est ainsi, tout le monde s'accorde à le reconnaître, que notre exception doit s'appliquer au cas de transformation d'une société préexistante.

Cependant il faut nécessairement, pour décider ainsi, sortir un peu du texte de l'article 4, dernier alinéa. Celui-ci, en effet, ne vise expressément que la formation d'une société entre *propriétaires par indivis* ; or, nous n'avons pas ici de propriétaires par indivis, puisque la propriété de l'apport appartient à l'être moral société.

C'est à tort que l'on reprocherait à notre solution de laisser la porte ouverte aux surprises et aux exagérations que le législateur a voulu prévenir.

Le danger contre lequel le législateur a voulu prémunir les souscripteurs, ne se rencontre pas dans

notre hypothèse. Ici, en effet, nous ne sommes plus en présence d'une souscription demandée de côtés et d'autres à des personnes n'ayant bien souvent entre elles aucune relation d'affaires, et ne pouvant par suite se consulter et s'éclairer mutuellement avant de donner leurs signatures. Les futurs associés, dans l'espèce, sont déjà liés par un contrat de société; le projet de fusion les intéresse tous également; dès lors, ils se réuniront pour en discuter les bases, les livres de la société avec laquelle la fusion est projetée seront examinés, des inventaires auront lieu, des bilans seront dressés, et la question de fusion sera examinée en assemblée générale, car cette fusion ne peut avoir lieu qu'en exécution du vote de l'assemblée générale réunie dans des conditions spéciales et seulement si les statuts l'autorisent.

La vérification a donc été faite à l'époque où elle était réalisable et logique et, comme le dit très justement M. Vavasseur<sup>1</sup>, il serait peu raisonnable qu'après cette vérification en assemblée générale, les actionnaires fussent obligés de se réunir encore en assemblée générale une deuxième puis une troisième fois, pour reconnaître solennellement, après lecture d'un rapport, qu'ils ne se sont pas trompés la première fois; ce serait faire injure au législateur que de lui imputer l'idée d'aussi ridicules cérémonies. La cour de la Réunion, à laquelle la question a été soumise, l'a résolue en ce sens et sa décision a été confirmée par la cour de cassation<sup>2</sup>.

Dans l'espèce, deux sociétés en nom collectif avaient fusionné ensemble pour former une société anonyme

1. *Op. cit.*, n° 439.

2. Cour de la Réunion, 19 juin 1876; *J. Pal.* 77, p. 79. Cass., 26 avril 1880; *Sir.*, 1881, I, 5.

unique dite du *Batelage de Saint-Pierre*. Le fonds social de la nouvelle société se composait uniquement de l'avoir réuni des sociétés primitives, avoir consistant en immeubles et en matériel d'exploitation. Les actions créées représentaient exactement la valeur attribuée aux apports et étaient réparties entre les seuls membres des sociétés anciennes au prorata de l'intérêt que chacun d'eux avait eu dans ces sociétés. Les apports respectifs des deux sociétés n'avaient pas été approuvés en assemblée générale dans les conditions prescrites par l'article 4; cependant les arrêts précités reconnurent que la société nouvelle avait été régulièrement constituée.

Les motifs donnés à l'appui de la solution précédente, nous conduisent à décider de même dans l'hypothèse où l'avoir des sociétés fusionnées ne composerait pas à lui seul le fonds social de la société nouvelle, qui comprendrait en outre des apports en numéraire fournis par les anciens associés. Il faut en dire autant du cas où plusieurs propriétaires mettraient en commun leurs propriétés respectives pour en faire le fonds social d'une société par actions fondée uniquement entre eux.

On objecte que cette solution favorise la fraude. Lorsque, disent MM. Beslay et Lauras<sup>1</sup> tous les associés sont copropriétaires par indivis, les intérêts de chacun étant identiquement les mêmes, il importe peu que l'appréciation soit élevée ou avilie; la fraude n'est pas à craindre parce qu'elle serait sans objet. Au contraire, lorsque les apports sont différents, chacun des associés ayant intérêt à exagérer la valeur du sien, il est indispensable de se prémunir contre la fraude. Cette manière

1. *Op. cit.*, n° 483.

de présenter les choses manque d'exactitude, la distinction, s'il y en avait une à faire entre les deux hypothèses, devrait être en sens inverse de celle que l'on veut établir. En effet, l'apport étant le même pour tous quand la société est formée entre copropriétaires par indivis, la fraude est bien plus à craindre que si les apports sont<sup>1</sup> différents, car les associés se mettront bien plus facilement d'accord pour donner à leurs biens une valeur exagérée, dans le but de céder ensuite leurs actions en réalisant ainsi de gros bénéfices<sup>1</sup>.

L'exception formulée par l'article 4, dernier alinéa, ne s'appliquerait pas au contraire dans le cas spécial où la société, étant formée entre plusieurs associés qui auraient souscrit tout le capital par l'acte de société et en auraient immédiatement versé le montant intégral, l'un d'eux promettait à la société un apport en nature. M. Beudant est cependant d'un avis opposé. La loi, nous dit le savant professeur, n'a eu qu'un but « prémunir les souscripteurs contre l'exagération habituelle des apports en nature ou des avantages particuliers, contre les suites d'une approbation surprise par une assemblée unique. Or ce danger n'est pas à craindre pour les actionnaires qui ont concouru contradictoirement à la rédaction de l'acte ; il n'y a pas à se préoccuper des souscripteurs à venir, puisque l'affaire est concentrée entre les contractants : traitant à propos de ce qui leur appartient, ne peuvent-ils pas, dès le début, régler la situation comme ils l'entendent ? Il en est alors comme dans les sociétés par intérêts : les actionnaires se concertent ; il n'est pas présumable qu'ils ne

1. Vavas seur, *op. cit.*, n° 433 et suiv. *Contra* Beslay et Lauras, *loc. cit.*, Pont, n° 972. Trib. de com. de la Seine, 15 octobre 1879. *Journ. soc.*, 1880, p. 398.

se soient pas antérieurement renseignés sur leur moralité respective et la valeur de leurs apports. »

Ce système peut très bien se concevoir en législation, la loi belge l'a même adopté; mais il n'est pas celui du législateur de 1867. Nous trouvons ici en présence les deux éléments rivaux dont la loi a voulu régler le conflit : des apports en numéraire d'une part, des apports en nature d'autre part; les raisons qui ont motivé l'exception ne se rencontrent donc plus dans l'espèce. Une surprise est sans doute peu probable dans ces conditions, mais elle n'est pas impossible. Le consentement donné peut être le résultat d'un malentendu ou d'une erreur; dès lors, les mesures de prudence édictées par la loi doivent recevoir leur application.

Les apports en nature et les avantages particuliers une fois vérifiés, s'il y a lieu, reste pour l'assemblée générale, s'il s'agit d'une société en commandite par actions, à nommer les membres du conseil de surveillance ou, s'il s'agit d'une société anonyme, à nommer les administrateurs et les commissaires de surveillance et à vérifier la sincérité de la déclaration des administrateurs de la société prescrite par le deuxième paragraphe de l'article 24.

*Nomination du conseil de surveillance.* — A l'époque à laquelle le conseil de surveillance n'existait pas encore comme organe essentiel de toute société en commandite par actions, l'absence de toute disposition législative en réglementant l'organisation, avait permis de dénaturer complètement le but de cette institution. De ce qui devait être un moyen de protection et de contrôle, on avait fait au contraire un véritable

piège tendu à la la bonne foi des souscripteurs. Le gérant composait le conseil de personnes haut placées dont les noms bien connus du public servaient en quelque sorte d'enseigne à la nouvelle société, et les actionnaires qui, sur la foi de ces noms, répondaient à l'appel du gérant, apprenaient bientôt à leurs dépens que leur confiance avait été surprise et que la surveillance sur laquelle ils avaient compté était purement illusoire. En effet, les membres de ce conseil, choisis pour la plupart en dehors de la société et, dans tous les cas, mis à l'abri des conséquences de leur inaction par une clause spéciale d'irresponsabilité, ne surveillaient guère que pour la forme et le gérant, malgré des apparences trompeuses, jouissait en réalité de l'indépendance la plus complète.

Le législateur de 1856, en rendant le conseil de surveillance obligatoire, voulut en faire un rouage efficace ; aussi décida-t-il qu'à l'avenir la nomination du conseil de surveillance appartiendrait à l'assemblée générale et que les membres de ce conseil ne pourraient être choisis parmi les personnes étrangères à la société. C'est cette réglementation de 1856 que nous trouvons reproduite dans l'article 5 de la loi de 1867 aux termes duquel « un conseil de surveillance composé de trois actionnaires au moins <sup>1</sup>, est établi dans toute société en commandite par actions. Ce conseil est nommé par l'assemblée générale immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale. »

Le pouvoir électif de l'assemblée générale ainsi justifié, nous devons maintenant nous expliquer sur une difficulté à laquelle son exercice a donné naissance. On

1. La loi de 1856 en exigeait cinq.

s'est demandé si dans l'hypothèse, d'ailleurs la plus fréquente, où le conseil de surveillance était nommé par l'assemblée réunie pour vérifier les apports en nature et les avantages particuliers, la nomination faite avant cette vérification devait être considérée comme régulière <sup>1</sup>.

MM. Beslay et Lauras <sup>2</sup> tiennent la négative. L'article 5 est, disent-ils, formel en ce sens. Le conseil de surveillance, aux termes de cette disposition, est nommé par l'assemblée générale *immédiatement* après la constitution définitive de la société. Ce n'est donc qu'après le vote approuvatif des évaluations et des avantages que le conseil de surveillance doit être nommé.

La loi qui exige l'accomplissement de deux formalités distinctes, en règle très nettement la succession, et les motifs de sa réglementation sont faciles à saisir.

Lors de la réunion de la première assemblée générale préparatoire, les actionnaires ne se connaissent pas ; la

1. Dans le cas de stipulation d'apports en nature ou d'avantages particuliers, l'assemblée qui, réunie dans les conditions prescrites par l'article 4, vérifie ces apports ou ces avantages, a bien certainement qualité pour procéder à l'élection du conseil de surveillance. Rien dans la loi ne contrarie cette solution et, dans le silence des textes, nous ne voyons pas sur quel motif on pourrait se fonder pour refuser ce pouvoir à l'assemblée. Ce point est incontestable et incontesté. Mais faut-il dire que cette assemblée doit nécessairement nommer les membres du conseil de surveillance ? Nous ne le pensons pas. La loi, en effet, ne dit rien à cet égard et nous ne devons pas suppléer à ses exigences. Pont, n° 1033 ; Beslay et Lauras, n° 542. Voyez cependant Beudant, *loc. cit.*, p. 140 à la note et p. 152.

S'il n'y avait ni apports en nature ni avantages particuliers à vérifier, ou encore si une vérification ayant eu lieu, l'assemblée qui l'a faite n'avait pas nommé le conseil de surveillance, une assemblée générale devrait être convoquée avant toute opération sociale pour procéder à cette nomination. En pareil cas, si les statuts n'en décidaient autrement, aucune majorité spéciale ne devrait être exigée.

2. *Op. cit.*, n° 540.

discussion qui doit nécessairement s'ouvrir après la lecture du rapport à la deuxième assemblée et le vote qui intervient ensuite leur permettent de s'apprécier mutuellement en leur faisant connaître leurs sentiments respectifs à l'égard de la gérance; c'est seulement après ce vote que l'élection du conseil de surveillance peut avoir lieu en connaissance de cause. La transposition des formalités, même faite de bonne foi, et ne causant aucun préjudice à la société, n'en doit pas moins entraîner la sanction de l'article 7. L'objection tirée de ce que c'est la même assemblée qui, dans cette hypothèse comme dans l'autre, procède à la nomination du conseil de surveillance, doit être écartée. En effet, les dispositions qui régissent la constitution des sociétés sont impératives et, d'ailleurs, le motif qui a inspiré le législateur justifie très bien sa sévérité en cette circonstance. Cette théorie nous paraît inadmissible. Sans doute, il est plus logique de ne désigner les membres du conseil de surveillance qu'après vérification préalable des apports et des avantages, mais rien dans les travaux préparatoires ne prouve que les motifs invoqués par MM. Beslay et Luras en faveur de leur opinion aient inspiré le législateur de 1867. Les nullités, ne l'oublions pas, ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. Or, ce n'est pas précisément l'ordre dans lequel sont indiquées les formalités requises par la loi qui tombe sous le coup de la nullité édictée par l'article 7. Du moment où ces formalités ont reçu leur accomplissement, il a été satisfait aux prescriptions de la loi.

*Nomination des administrateurs et des commissaires de surveillance. — Vérification de la sincérité de la dé-*

*claration faite par les fondateurs.* — La vérification des apports et des avantages effectuée, la société anonyme n'est pas encore définitivement constituée. L'assemblée générale doit alors mettre la dernière main à la construction de l'édifice social en nommant les premiers administrateurs et les commissaires de surveillance. « Une assemblée générale est, dans tous les cas, convoquée à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. Cette assemblée nomme les premiers administrateurs; elle nomme également, pour la première année, les commissaires institués par l'article 32 ci-après. » (Art. 25, 1<sup>er</sup> al.)

La nomination des commissaires de surveillance, la vérification de la sincérité de la déclaration des fondateurs doivent toujours être faites par l'assemblée générale; ce sont là des attributions nécessaires que la convention ne pourrait lui enlever. Il en était de même de la nomination des administrateurs sous l'empire de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Mais le législateur de 1867 a pensé qu'il y avait exagération à permettre à l'assemblée générale d'exclure de l'administration un fondateur désireux de présider aux débuts d'une société dont l'idée lui appartient et dont il a fourni peut-être la majeure partie des capitaux et du matériel. « Rarement, disait le rapport de la commission<sup>1</sup>, une société à ses débuts songera, là même ou toute liberté serait laissée aux actionnaires, à s'affranchir d'une tutelle nécessaire en écartant ceux qui, mieux que

1. Tripier, *op. cit.*, I, p. 166.

d'autres, semblent propres à les conduire au succès. Mais il faut prévoir même ce qui semble impossible et nous avons considéré comme une faculté légitime le droit accordé aux fondateurs de désigner, pour une durée de trois années, les premiers administrateurs de la société. » D'où la disposition de l'article 25 (3<sup>e</sup> al.) qui permet aux statuts de désigner les premiers administrateurs « avec stipulation formelle que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale. »

Si cette stipulation formelle exigée par la loi faisait défaut, la simple désignation des administrateurs par les statuts n'aurait d'autre effet que de les proposer aux suffrages des actionnaires; la qualité d'administrateurs ne leur serait acquise qu'à la suite d'un vote confirmatif de l'assemblée générale. En pareil cas, à la différence des administrateurs statutaires dont les pouvoirs ne peuvent durer plus de trois ans, les administrateurs en question, tenant leurs pouvoirs de l'assemblée générale, pourraient être valablement nommés pour six ans<sup>1</sup>.

L'assemblée générale remplissant ici le rôle attribué au conseil de surveillance dans la commandite par actions doit enfin, avons-nous dit, vérifier la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, c'est-à-dire vérifier s'il y a eu réellement souscription de la totalité du capital social et versement par chaque actionnaire du quart au moins des actions par lui souscrites<sup>2</sup>.

Reste à nous expliquer sur une question très impor-

1. Pont, n° 4064. Bedarride, n° 372.

2. La déclaration est soumise à l'assemblée générale avec les pièces à l'appui nous dit l'article 24; c'est-à-dire qu'à cette déclaration authentique devront être annexés : 1° la liste des souscripteurs; 2° l'état des versements effectués; 3° l'un des doubles de l'acte de société s'il est

tante et de nature à s'élever dans la société en commandite par actions comme dans la société anonyme.

On s'est demandé si le capital de fondation, n'étant souscrit qu'en partie, les souscripteurs réunis en assemblée générale pouvaient, d'accord avec les fondateurs, et, à la simple majorité, réduire le capital à la fraction souscrite et passer outre à la constitution de la société.

La négative ne nous semble pas douteuse. Les souscripteurs se sont engagés à faire partie d'une société dont le capital déterminé par avance dans les statuts auxquels ils ont donné leur adhésion était considéré implicitement comme indispensable au succès de l'entreprise projetée. Une société fondée avec un capital inférieur ne répondrait plus, sans doute, au but proposé, et, dans tous les cas, ne serait plus celle dont ils avaient consenti à faire partie. Le contrat ainsi modifié dans ses bases essentielles serait un contrat nouveau et nous ne voyons pas comment une majorité, si considérable qu'elle fût, pourrait imposer ce contrat à la minorité.

La société constituée à la suite du vote de réduction sans qu'un nouvel acte de société ait été dressé et sans qu'une souscription nouvelle ait été ouverte serait donc une société nulle.

En effet, les souscriptions des membres de la minorité doivent être considérées comme non venues, par-

sous seings-privés ou une expédition s'il est notarié et a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration.

Observons ici que, à la différence des membres du conseil de surveillance, lesquels peuvent être déclarés personnellement responsables avec le gérant en cas de nullité de la société pour infraction aux règles dont ils doivent contrôler l'observation, les membres de l'assemblée générale sont affranchis de toute responsabilité. L'article 42 met en effet cette responsabilité à la charge unique des fondateurs de la société et des administrateurs.

tant, le nouveau capital n'est pas souscrit en totalité et la nullité édictée par l'article 7 doit recevoir son application. La cour de Paris à laquelle la question a été soumise l'a résolue en ce sens <sup>1</sup>.

Tout ce qu'il est possible d'admettre en pareil cas, c'est que les membres de la majorité pourront former une nouvelle société, à la condition de souscrire la totalité du nouveau capital et de remplir les formalités voulues, c'est-à-dire, qu'il faudra dresser un nouvel acte de société, acte auquel tous les nouveaux souscripteurs devront donner leur adhésion. Cependant, sous peine de tomber dans un formalisme exagéré, il faut admettre que le procès-verbal de la délibération décidant la réduction, s'il était signé par tous les souscripteurs, manifesterait suffisamment leur adhésion et que l'adjonction de ce procès-verbal à l'acte de société primitif dispenserait d'en rédiger un nouveau <sup>2</sup>.

1. Paris, 24 mai 1859. Dall., 1859, II, 146. Dans l'espèce, une commandite par actions résultant de la fusion de plusieurs sociétés anciennes avait été fondée au capital de cinq millions. Ce capital n'ayant pas été souscrit en totalité, une délibération de l'assemblée générale était intervenue qui avait réduit le capital à quatre millions environ formant le montant du capital alors réellement souscrit. Les opérations sociales avaient été commencées dans ces conditions et le gérant, nommé lors de la fusion, poursuivait l'un des actionnaires en paiement du montant de ses actions. Sa demande fut rejetée par ces motifs entre autres : « Que c'est au mépris de la volonté expresse du législateur que la nouvelle société avait été constituée sans qu'un grand nombre d'actions fussent souscrites... qu'elle était donc nulle dans son principe comme dans ses effets, aux termes de l'art. 6 de la loi du 17 juillet 1856. (La solution de la loi de 1867 étant la même sur ce point, l'arrêt s'applique aujourd'hui encore dans toute sa force)... qu'une pareille nullité était d'ordre public et ne pouvait être couverte; que le gérant était conséquemment sans qualité pour exercer l'action par lui dirigée contre M<sup>\*\*\*</sup> au nom d'une société qui n'avait pas d'existence légale.

2. Sic Vavasseur, *op. cit.*, n° 389.— *Contra* : Bédarride. *Le Droit commercial*, 19 janvier 1864. Pont, *op. cit.*, n° 886.

Ces observations s'appliquent évidemment à l'hypothèse où tous les souscripteurs primitifs consentiraient à la réduction.

La pratique, désireuse d'éviter ces complications, a imaginé d'introduire dans les statuts une clause reconnaissant à la majorité des souscripteurs réunis en assemblée générale dans des conditions déterminées, le droit de réduire le capital proposé.

Cette clause doit-elle être considérée comme valable ? Nous croyons avec la majorité des auteurs <sup>1</sup> l'affirmative bien fondée.

Rien dans les dispositions de la loi de 1867 ne met obstacle à cette solution. Celle-ci veut simplement que la société ne puisse se constituer avant la souscription de tout le capital ; or, dans notre hypothèse, cette exigence est satisfaite. Le capital est fixé avant la constitution de la société et les souscripteurs ayant accepté par avance ce capital ainsi réduit par la majorité qu'ils ont déterminée, la souscription est parfaite à l'instant même de la réduction, c'est-à-dire, avant le commencement des opérations sociales. A l'objection tirée de ce que la loi de 1867 a voulu mettre obstacle à la création de sociétés mort-nées, constituées avec un capital insuffisant, ce qui serait, dit-on, le résultat direct de la clause en question, nous répondrons que cette affirmation manque d'exactitude. Les membres de la majorité sont tous intéressés à la prospérité de l'entreprise, il est donc invraisemblable de supposer qu'ils consentiront à une réduction exagérée de nature à mettre obstacle à la réalisation du

1. Beslay et Lauras, *op. cit.*, n° 108 ; Alauzet, *op. cit.*, n° 448. Beudant, *loc. cit.*, p. 114. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* n° 414. Boistel, *op. cit.*, n° 252. *contra*. Pont, *op. cit.*, n° 886. Bédarride, I, n° 21 et suiv.

but poursuivi par la société. Les nullités ne se créent point par voie d'interprétation, or, aucun texte ne fait obstacle à la convention dont s'agit et la loi de 1867 est déjà suffisamment sévère pour qu'il soit inutile d'ajouter encore arbitrairement à ses rigueurs.

PROJET DE LOI. — LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

Le système de vérification des apports en nature et des avantages particuliers, consacré par le projet, est le même que celui du législateur de 1867; on peut cependant y relever quelques différences. C'est ainsi, par exemple, que le rapport doit être fait par « des commissaires » nommés dans la première assemblée et que, si la demande en est faite par le quart des actionnaires présents à l'assemblée, ce rapport doit être soumis à l'appréciation d'un ou de trois experts nommés par le président du tribunal de commerce; c'est ainsi également que la réduction de la valeur des apports ou des avantages particuliers ne peut être acceptée par cette assemblée que si les statuts l'y autorisent. (Art. 41.)

Enfin le projet, dans la commandite par actions comme dans la société anonyme, laisse à l'assemblée générale le soin de vérifier la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs, et décide que si la demande en est faite par le quart des actionnaires présents, la sincérité de cette déclaration doit être soumise à l'appréciation d'un ou de trois experts nommés par le président de tribunal de commerce. (Art. 9.)

La loi belge (art. 31 et 32), dans l'hypothèse seulement où la société est constituée au moyen de sous-

criptions, veut que l'acte de société soit publié préalablement à titre de projet; que la souscription soit faite en double et indique : « la date de l'acte authentique de société et sa publication; l'objet de la société, le capital social et le nombre des actions; les apports et les conditions auxquels ils sont faits; les avantages particuliers attribués aux fondateurs; le versement, sur chaque action, d'un vingtième au moins de la souscription. » La souscription contient en outre « *convocation des souscripteurs à une assemblée qui doit être tenue dans les trois mois pour la constitution définitive de la société.* »

Il n'y a donc dans ce système qu'une seule assemblée constitutive.

Le code de commerce allemand n'admet le système français que pour la commandite par actions. (Art 180) Pour les sociétés anonymes les valeurs des apports et des avantages doivent être fixées dans le contrat de société; puis, si le contrat n'a pas été signé entre tous les actionnaires, il est approuvé ensuite, comme en Belgique, par une assemblée unique. (Art. 209 b.)

Le code fédéral suisse des obligations (art. 619) laisse également le soin de la vérification à une assemblée unique.

D'après le code de commerce italien, la vérification des apports en nature exige la réunion d'une ou de deux assemblées générales, selon que la valeur de ces apports a été ou non déterminée dans l'acte de société. (Art. 133.) Le système de vérification adopté par la loi du Brésil est le même que celui de notre loi actuelle avec cette différence toutefois que l'évaluation doit être faite par trois experts nommés dans la première assemblée. (Art. 3, § 2.)

SECTION II. — Pouvoirs des assemblées générales ordinaires.

L'article 10 pour la commandite par actions, l'article 30 pour la société anonyme, le premier implicitement, le second en termes exprès, exigent tous deux la réunion annuelle des actionnaires en assemblée générale à l'effet de délibérer sur certaines questions et de prendre certaines mesures dont le détail nous est donné par le législateur lui-même.

Les questions à examiner, les mesures à prendre touchant à l'organisation même de la société diffèrent, par suite, selon qu'il s'agit de la commandite par actions ou de la société anonyme; mais le caractère de la mission de l'assemblée ainsi réunie annuellement et qu'avec tous les auteurs nous avons appelée ordinaire, ce caractère, disons-nous, est identique. Nous pouvons dès à présent le préciser en disant que la loi investit ces assemblées d'une mission de surveillance et de contrôle, en même temps qu'elle leur laisse le soin de pourvoir à l'organisation et à la bonne administration de la société, en se conformant aux règles tracées par les statuts. *Dans la commandite par actions* l'assemblée générale ordinaire se prononce sur la régularité des comptes du gérant, approuve ou rejette les dividendes que celui-ci lui propose et procède, s'il y a lieu, à la nomination des membres du conseil de surveillance<sup>1</sup>.

*Dans la société anonyme*, l'assemblée générale ordi-

1. Nous disons, « s'il y a lieu », car les membres du conseil de surveillance, à l'exception toutefois de ceux qui font partie du premier conseil, pouvant être nommés pour plusieurs années, l'assemblée générale n'a donc pas toujours à pourvoir à leur nomination.

naire vérifie également le bilan et les comptes présentés par le conseil d'administration, accepte ou rejette les dividendes proposés, nomme, remplace ou réélit, s'il y a lieu, les administrateurs et désigne, dans tous les cas, les commissaires de surveillance pour l'année suivante.

L'approbation des comptes de la gérance ou de l'administration, l'acceptation des dividendes proposés, ne doivent pas être de simples formalités, aussi la loi, pour assurer l'efficacité du contrôle exercé par l'assemblée générale, a-t-elle voulu que les documents de nature à l'éclairer fussent mis à sa disposition.

Aux termes de l'article 12 spécial à la commandite par action : « Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre par lui ou par un fondé de pouvoir au siège social communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance. »

Le bilan est l'état de l'actif et du passif de la société ; l'inventaire est l'énumération estimative des valeurs mobilières de la société à l'époque à laquelle il est dressé ; le rapport du Conseil de surveillance est le résultat de l'examen auquel ont dû se livrer les membres du conseil de surveillance pendant l'exercice qui a précédé la réunion de l'assemblée.

D'après l'article 10, ce rapport doit signaler les irrégularités et les inexactitudes relevées dans les inventaires et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent à la distribution des dividendes proposés par le gérant.

Ce n'est pas à dire, toutefois, que l'article 10, qui précise ainsi les énonciations substantielles du rapport, n'exige pas sa rédaction quand le conseil trouve les inventaires réguliers et les dividendes légitimes ; ce rap-

port annuel est toujours obligatoire. Dans l'espèce, après une analyse raisonnée des inventaires et du bilan, il en constatera la régularité et donnera les motifs qui, dans l'opinion du conseil, justifient les dividendes proposés. Ces différentes pièces, au nombre desquelles on peut s'étonner de ne point voir figurer le rapport du gérant<sup>1</sup> peuvent être consultées au siège social quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, nous dit l'article 12, d'où il résulterait, à prendre le texte à la lettre, que le quinzième jour qui précède la réunion commencé, les actionnaires n'auraient plus le droit de réclamer communication des pièces en question. Cette bizarrerie de rédaction qui fait dire à l'article le contraire de ce que le législateur a voulu, s'explique, comme on

1. Lors de la discussion au Corps législatif, plusieurs députés demandèrent la communication de ce rapport (Trip., I, p. 619, II, p. 545) mais la communication du rapport des administrateurs ayant été refusée lors de la discussion de l'article 35 déjà voté, (Trip., II, p. 205 et suiv.) le Corps législatif ne pouvait, sous peine de se déjuger, donner satisfaction à cette réclamation.

A l'appui du rejet de la demande de communication du rapport des administrateurs, M. Forcade de La Roquette invoquait la nécessité de créer un intérêt qui attirât les actionnaires aux assemblées générales. (Trip., I, p. 617; II, p. 215) et le commissaire du gouvernement trouvait qu'il y avait excès de réglementation à rendre obligatoire un surcroît de garanties que les statuts étaient toujours libres d'exiger. (Trip., I, p. 608.) — De meilleurs motifs ont été donnés après coup. Le rapport du gérant et celui des administrateurs ne font, a-t-on dit, que constater les résultats du bilan et des inventaires dressés par le gérant ou les administrateurs eux-mêmes; dès lors, si ces résultats sont inexacts, les mêmes inexactitudes se retrouveront dans les rapports. La communication anticipée de ces rapports n'apporterait donc aucun élément nouveau dans la discussion. (Lyon-Caen et Renault, p. 234, note 2.) — On peut ajouter encore avec M. de Courcy (p. 145), qu'en raison des événements commerciaux qui peuvent se produire à l'improviste et modifier les communications à faire à l'assemblée générale, il est nécessaire de laisser aux gérants et aux administrateurs la faculté de changer leur rapport jusqu'à la dernière minute qui précède la réunion.

sait, par l'origine de notre texte. L'article 12 a été pris dans la loi de 1863, laquelle, exigeant qu'une copie fût adressée aux actionnaires, c'est-à-dire imposant une obligation de faire, s'exprimait des lors très exactement.

L'article 35, relatif à la société anonyme, n'est guère que la reproduction de l'article 12. « Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, y lisons-nous, tout actionnaire peut prendre au siège social communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires »

Signalons simplement comme différences avec l'art. 12 l'obligation de fournir aux actionnaires qui la demandent une copie du bilan et aussi la communication de la liste des actionnaires. Cette liste, dont il n'est pas question dans l'article 12 et dont la loi de 1863 parlait déjà, n'est pas évidemment celle que suppose l'article 27, laquelle devant être formée des noms des actionnaires présents à l'assemblée, ne pourrait être dressée par conséquent quinze jours avant sa réunion. Le législateur a eu en vue la liste générale et nominative dont l'article 55, quand il s'agit d'une société anonyme, prescrit l'annexion à l'acte constitutif déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

« La délibération de l'assemblée générale contenant approbation du bilan et des comptes, porte l'article 32, est nulle si elle n'a été précédée du rapport des commissaires de surveillance. »

Cette disposition rigoureuse doit-elle être étendue à la commandite par actions? nous ne le pensons pas. Sans doute cette extension serait logique et, la situation étant identique, les mêmes principes devraient la régir; mais,

les nullités ne se suppléent pas, et, tout en reconnaissant qu'il y a là entre les deux classes de sociétés par actions une différence injustifiable; nous restreindrons la nullité à la délibération de l'assemblée générale de la société anonyme.

L'approbation du bilan et des comptes donnée par l'assemblée générale régulièrement constituée vaut quitus pour le gérant ou les administrateurs à la condition, toutefois, de ne pas être le résultat de manœuvres dolosives. Si les pièces de comptabilité étaient faussées, si les allégations du rapport étaient mensongères, les actionnaires ne pourraient être liés par un vote émis dans de semblables conditions, et la délibération approbative devrait être considérée comme non avenue. Cette réserve faite, il faut reconnaître, nous le répétons, que la délibération approbative de l'assemblée générale éteint l'action sociale en reddition de compte dont le gérant et les administrateurs sont passibles en leur qualité de mandataires de la société. Le pouvoir conféré à la majorité en cette circonstance résulte de la disposition même de la loi; il serait bien étrange, en effet, d'exiger la réunion des actionnaires en assemblée générale et de leur demander un vote d'approbation si ce vote devait demeurer sans résultat.

Dans le même ordre d'idées, et, pour les mêmes motifs, ajoutons que si l'assemblée générale, après avoir reconnu des inexactitudes dans les comptes qui lui étaient présentés, et constaté des actes de mauvaise gestion ou des excès de pouvoir commis par le gérant ou les administrateurs, consentait à se désister de l'action *mandati* moyennant une transaction, la transaction ainsi votée mettrait fin à cette action. Nous ne parlons pas, bien

entendu, de l'action personnelle fondée sur un délit ou quasi-délit dont le gérant ou les administrateurs se seraient rendus coupables envers certains actionnaires ; cette action, en effet, subsisterait bien évidemment, nonobstant toute ratification donnée par l'assemblée générale.

Cette distinction entre l'action personnelle et l'action sociale a été très nettement formulée dans un arrêt de la cour de Paris du 16 avril 1870, arrêt confirmé par la cour de cassation le 7 mai 1872<sup>1</sup>.

Dans l'espèce, les administrateurs d'une société anonyme avaient, par des bilans entachés d'inexactitudes répréhensibles, d'une part trompé la société et, d'autre part, déterminé des tiers, confiants dans la prospérité apparente de l'entreprise, à se rendre acquéreurs d'actions ; l'assemblée générale, après avoir constaté ces inexactitudes, avait transigé. La cour de Paris, distinguant avec soin les deux classes de responsabilité encourues, décida : 1° que la société était maîtresse de son action *mandati* et, qu'en conséquence, aucun associé ne pouvait l'exercer après l'abandon transactionnel résultant d'une délibération régulièrement prise par l'assemblée générale, et 2° que cet abandon laissait au contraire subsister l'action née du quasi-délit commis au préjudice des actionnaires trompés lors de l'achat de leurs titres.

L'assemblée générale pourra-t-elle toujours disposer de l'action sociale et ratifier, dans tous les cas, les actes irréguliers du gérant ou des administrateurs ? La jurisprudence fait à cet égard une distinction très exacte.

1. Cour de Paris, *Journ. Pal.*, 1871, 152. Cas., *Journ. Pal. Voy.* dans le même sens, Trib. de la Seine, jug. du 14 mai 1881, *Journ. soc.*, 1882, p. 8.

Les actes irréguliers ne portent-ils aucune atteinte aux statuts ; s'agit-il simplement, par exemple, d'actes de mauvaise administration ? La ratification affranchira le gérant ou les administrateurs de toute responsabilité à l'égard de la société. Les statuts ont-ils, au contraire, été violés ? La ratification sera sans effet. C'est l'application à notre hypothèse du principe de droit commun en vertu duquel celui-là seul peut ratifier un acte qui aurait eu qualité pour l'autoriser.

Nous verrons en effet, dans un instant, que l'assemblée générale, réunie dans les strictes conditions exigées par la loi ou les statuts pour la validité des délibérations à prendre en session ordinaire, ne peut jamais, tout au moins en matière de société anonyme<sup>1</sup>, modifier les statuts, encore qu'une clause statutaire autorise cette modification et que, même satisfaisant aux conditions spéciales exigées par l'article 34, s'il s'agit d'une société anonyme ou, par les statuts, s'il s'agit d'une commandite par actions, l'assemblée générale ne peut modifier les statuts que si une clause de ces derniers l'y autorise.

Mais, laissons de côté pour le moment cette question de modification aux statuts, et voyons quels sont les pouvoirs des assemblées ordinaires, c'est-à-dire des assemblées dont la composition satisfait aux exigences des statuts, s'il s'agit d'une commandite par actions, et à celles de l'article 29, s'il s'agit d'une société anonyme.

Ces assemblées auront bien certainement le droit de voter les mesures d'administration les plus étendues. Ainsi le veut la loi des majorités qui domine en matière

1. S'il s'agit d'une société en commandite, la loi ne formule aucune exigence pour la composition de l'assemblée générale appelée à modifier les statuts.

d'administration et sans laquelle aucune société ne serait possible, l'opposition d'une minorité infime pouvant alors entraver à chaque instant la marche des opérations sociales<sup>1</sup>.

Nous déciderons en ce sens que l'assemblée générale peut et doit suppléer à l'insuffisance des pouvoirs d'administration conférés aux gérants ou aux administrateurs, notamment voter un emprunt défendu à ces derniers par les statuts. Que dire cependant d'un emprunt qui, à raison de son importance, n'a plus le caractère d'un acte d'administration ou encore d'un emprunt avec affectation hypothécaire des immeubles de la société? Un arrêt de la cour de cassation du 7 mai 1844<sup>2</sup>, reconnaît à l'assemblée générale le droit de consentir un emprunt hypothécaire si les statuts ne lui déniaient pas ce pouvoir, voire même, sous la même réserve, celui de consentir l'aliénation d'immeubles sociaux, si l'emprunt ou l'aliénation n'ont d'autre but que de poursuivre le développement de la société selon ses fins. Cependant il est à noter que l'arrêt en question se trouve motivé en fait et appuie sa décision sur une clause des statuts aux termes de laquelle l'assemblée générale régulièrement constituée, *représentait la société*.

Un arrêt de la cour de Paris du 2 juillet 1852, confirmé par la cour de cassation le 3 mai 1853<sup>3</sup> est plus concluant et décide d'une manière générale que la délibération de l'assemblée autorisant le gérant à contracter un emprunt hypothécaire est valable, à la condition de ne

1. Troplong, *Sociétés civiles et commerciales*, nos 717 et suiv. Vavas seur, *op. cit.*, 1, p. 73. Malepeyre et Jourdain, p. 61. Duvergier, n° 286. Molinier, n° 310. Bravard, *op. cit.*, p. 77.

2. Sir., 1845, I, 53.

3. Paris, *Journ. Pal.*, 1854, I, 464. Dall., 1853, I, 186.

pas violer les statuts. Dans l'espèce, le gérant d'une société en commandite par actions, agissant en vertu d'une délibération de l'assemblée générale des actionnaires composée d'après les règles des statuts sociaux, avait contracté divers emprunts dans le but d'établir des constructions nécessaires à la société, et ces constructions avaient été affectées hypothécairement à la sûreté des emprunts. La validité de cette hypothèque ayant été contestée, la cour de Paris, confirmant en cela la décision des premiers juges, déclara cette prétention mal fondée. « Attendu, porte l'arrêt, que si les gérants d'une société commerciale n'ont pas le droit d'aliéner directement ou indirectement l'actif social immobilier, la société elle-même représentée par ses gérants et par l'assemblée générale régulièrement convoquée, a le droit de consentir des hypothèques sur son actif immobilier lorsqu'il ne s'agit pas de dissiper un actif, mais, au contraire, d'en acquitter le prix ou de contracter un emprunt au mieux des intérêts sociaux. »

Cet arrêt, nous l'avons déjà dit, fut confirmé par la cour de cassation.

En résumé, d'après cette jurisprudence, à laquelle nous nous rallions complètement, l'assemblée générale régulièrement constituée représente la société et a, par délégation, tous les droits qui ne lui ont pas été retirés par les statuts. L'autorité de ses délibérations ne doit dès lors fléchir que devant une prohibition de ces derniers, à la condition, bien entendu, que ces délibérations n'aillent pas à l'encontre du but poursuivi par la société<sup>1</sup>.

1. C'est la théorie très bien développée par M. Delangle (*des Sociétés*, II, n° 437). « Une délibération n'est pas nulle, dit cet auteur, par cela

Une question intéressante a été soulevée à l'occasion du pouvoir supplétif en quelque sorte exercé par l'assemblée générale quand elle autorise le gérant à faire un acte qui dépasse ses pouvoirs. On s'est demandé si la délibération de l'assemblée générale de la commandite par actions, autorisant le gérant à faire des actes excédant ses pouvoirs, n'impliquait pas, de la part des actionnaires ayant pris part au vote, l'immixtion prohibée par l'article 27 du code de commerce.

Plusieurs auteurs se prononcent en faveur de l'affirmative<sup>1</sup>.

Lorsque, disent-ils, les commanditaires se bornent à autoriser les actes qui rentrent dans les pouvoirs du gérant, cette autorisation n'est, en quelque sorte, qu'une simple consultation n'influant en rien sur la qualité du commanditaire. Mais, dans notre hypothèse, l'acte n'ayant de valeur qu'en vertu de l'autorisation des commanditaires, ceux-ci encourent, dès lors, la responsabilité prononcée par l'article 28. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Sans doute, le commanditaire qui autorise concourt bien à l'administration, mais il n'administre pas dans le sens que la loi donne à cette expression ; il délibère, mais il n'agit pas. Les motifs qui ont

seul qu'elle ne rentre pas textuellement dans la nomenclature des opérations indiquées dans les statuts sociaux ; il suffit, pour être valable, qu'elle tende à l'exécution sincère du contrat ; les assemblées générales usent de leur droit toutes les fois que par des moyens directs ou indirects, elles vont au but que se propose la société ; mais, si la délibération a pour effet de violer les statuts, si elle détourne le fonds social de sa destination ou si elle transforme la société, elle est radicalement nulle et ses auteurs sont soumis à la réparation du préjudice qu'ils ont causé. — Voy. également la note de M. Cabantous sur l'arrêt de Cass. du 3 mai 1863. *Journ. Pal.*, 1854, I, 464.

1. Duvergier. *Revue étrangère*, 3<sup>e</sup> série, 1842, p. 739 ; Malepeyre et Jourdain, p. 182. Delangle, n<sup>o</sup> 589.

conduit le législateur à refuser aux commanditaires le droit de s'immiscer dans la gestion ne se rencontrent donc pas en cette hypothèse. Le législateur, en effet, a voulu simplement empêcher l'associé irresponsable de se substituer à l'associé responsable, soit par une gérance apparente, pour abuser les tiers, soit par une gérance réelle usurpée; or, nous n'avons ici rien de semblable.

La jurisprudence et la majorité des auteurs se sont d'ailleurs prononcés en ce sens<sup>1</sup>.

PROJET DE LOI. — LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

Le projet de loi ne modifie en rien le rôle attribué par la loi de 1867 aux assemblées ordinaires.

Les codes de commerce italien<sup>1</sup> et allemand, le code fédéral suisse des obligations, la loi belge et la loi du Brésil reconnaissent la nécessité de réunir l'assemblée générale, au moins une fois l'an, et leurs dispositions relatives à la mission et aux pouvoirs de ces assemblées ne s'écartent guère de celles de notre loi. Signalons cependant la disposition étrange de la loi belge qui reconnaît au conseil d'administration le droit de proroger séance tenante l'assemblée générale ordinaire à trois semaines, ce qui annule toute décision prise. (Art. 64.)

1. Paris, 4 janvier 1844; Sir., 1844, II, 71. Troplong, n° 424. Pardessus, n° 1031. Alauzet, n° 318. Bedarride, n° 245. Lombard, p. 66. Pont, n° 1461.

2. L'article 162 de ce code pose très nettement le principe formulé plus haut, savoir que les délibérations prises en assemblée générale dans les limites de l'acte constitutif, des statuts ou de la loi, sont obligatoires pour tous les sociétaires, même ceux non intervenants ou dissidents.

SECTION III. — Pouvoirs des assemblées générales extraordinaires.

L'assemblée générale a-t-elle en principe le droit de modifier les statuts?

La négative est écrite en toutes lettres dans l'article 1134 du code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. »

Le contrat de société, pas plus que tout autre, ne peut donc être modifié sans l'assentiment unanime de ceux qui ont concouru à le former, c'est-à-dire, sans le consentement de tous les associés. C'est là une règle qui s'impose, aussi faut-il refuser catégoriquement à l'assemblée générale, dont le vote n'est que l'expression de la volonté d'une simple majorité, le droit d'engager les membres de la minorité dans les liens d'une convention différente de celle à laquelle ils avaient donné leur adhésion.

Il n'y a même pas à distinguer, ainsi qu'on l'a fait parfois suivant la plus ou moins grande importance des modifications, à classer comme on l'a fait les clauses contractuelles en clauses essentielles et clauses secondaires, pour permettre à l'assemblée générale de modifier les premières en ne lui refusant que le droit de toucher aux secondes. Cette distinction est trop élastique et pourrait conduire à des conséquences dangereuses. A défaut d'une disposition des statuts autorisant l'assemblée générale à les modifier, chaque associé aura toujours le droit de ne tenir aucun compte du vote de modification émis par celle-ci. La clause modifiée ou

l'ensemble des clauses du contrat de société primitif, pourra-t-il dire, m'a déterminé à entrer dans la société, je n'aurais pas donné mon adhésion au contrat ainsi modifié et je ne reconnais à aucune majorité le droit de m'imposer une modification quelconque.

Sans doute cette prétention, dans certains cas, pourra paraître exagérée; s'il ne s'agit par exemple que de modifications portant simplement sur quelques détails secondaires d'organisation, la résistance des membres de la minorité pourra être considérée à juste titre comme étant le résultat d'un entêtement ridicule, mais elle sera parfaitement fondée en droit.

Il faudrait un texte dérogeant bien formellement aux principes pour reconnaître à l'assemblée générale le pouvoir de modifier les statuts.

Ce texte, tout au moins pour la société anonyme, on a prétendu le rencontrer dans la loi de 1867. D'après M. Mathieu, l'article 31 conférerait à l'assemblée générale réunie dans les conditions qu'il détermine, le droit de modifier le contrat de société dans ses clauses les plus essentielles.

Aux termes de cet article : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé par sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. » Est-ce à dire qu'en vertu de cette disposition et abstraction faite de toute cause statutaire l'y autorisant, l'assemblée générale, à la seule condition de réunir un nombre d'actionnaires représentant la moitié

du capital social pourra valablement modifier les statuts? Interpréter ainsi l'article 31 est évidemment se méprendre sur sa véritable portée. Nous sommes ici tout au contraire en présence d'une nouvelle mesure de précaution prise par le législateur, d'un surcroît de garantie destiné à protéger les actionnaires contre les surprises. Le législateur n'a pas voulu que les statuts pussent être modifiés par une assemblée composée d'actionnaires ne représentant qu'une fraction insignifiante du capital social. Sans doute les statuts pourront autoriser l'assemblée générale à les modifier, à voter la dissolution de la société avant terme ou sa continuation au delà du terme fixé pour sa durée, mais, en pareil cas, comme il s'agit ici de questions d'une gravité toute spéciale, ils ne pourront reconnaître le droit de les résoudre qu'à l'assemblée générale composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. Voilà tout ce que dit l'article 31 et, ajoutons-le, voilà tout ce que ses rédacteurs ont voulu lui faire dire. Les travaux préparatoires de la loi du 23 mai 1863 où se trouve formulée, pour la première fois, la disposition de l'article 31, ne laissent aucun doute à cet égard, et rien ne permet de supposer qu'en la reproduisant dans les mêmes termes, le législateur de 1867 ait eu l'intention de lui donner une signification différente <sup>1</sup>.

La difficulté précédente s'élèvera bien rarement dans la pratique. Presque tous les statuts, en effet, autorisent l'assemblée générale à modifier le contrat primitif; mais alors s'élève la question de savoir quelle est la portée exacte de la clause statutaire qui investit l'assemblée de ce pouvoir de modification.

1. *Sic* Pont, *op. cit.*, n° 1688.

Les statuts prévoyant que certains changements déterminés peuvent devenir utiles ou nécessaires au cours des opérations sociales, autorisent-ils l'assemblée générale à les voter? Celle-ci pourra, sans conteste, modifier le pacte social dans les limites qu'il indique lui-même : ce faisant, elle reste en effet dans les termes du contrat, puisque le vote modificatif émis par elle dans les cas prévus n'est que l'exercice d'un droit consacré par le contrat lui-même.

Notons seulement que le pouvoir de modifier les statuts étant chose exceptionnelle, devra être renfermé dans les limites précises de la clause statutaire qui l'établira, c'est-à-dire que cette dernière devra toujours être interprétée restrictivement.

Mais cette limitation à certaines hypothèses spéciales et déterminées, du pouvoir de modification conféré à l'assemblée générale par les statuts, ne se rencontrera presque jamais.

La nécessité d'obtenir le consentement unanime des associés pour modifier le pacte social dans les cas imprévus équivaldrait, la plupart du temps, on peut le dire, à une impossibilité. Cependant telle modification à laquelle on ne pouvait songer spécialement, lors de la rédaction des statuts, pourra seule, peut-être, à un moment donné, assurer l'avenir de la société.

Les rédacteurs des statuts, préoccupés du désir d'éviter ces difficultés insurmontables et voulant, pour parer à toute éventualité, conférer à l'assemblée générale les pouvoirs les plus étendus, recherchent à dessein les termes les plus vagues, les formules les plus élastiques; l'assemblée générale, diront-ils notamment, sera libre d'apporter aux statuts toutes les modifications qui seront

nécessaires au succès de l'entreprise. Quelle sera la portée d'une pareille clause? Permettra-t-elle à l'assemblée générale de modifier sans restriction aucune les clauses les plus essentielles du contrat primitif? D'une société fondée pour l'exploitation d'une mine, l'assemblée générale pourra-t-elle faire une société financière ayant pour objet l'exploitation d'une maison de banque? Pourra-t-elle étendre l'objet de la société en la fusionnant avec d'autres associations ou entreprises ou, au contraire, restreindre cet objet en limitant le champ primitif des opérations sociales?

De semblables conséquences déduites d'une clause aussi peu explicite sont incompatibles avec le principe d'interprétation déjà posé; il est impossible de reconnaître à l'assemblée générale des pouvoirs aussi exorbitants sans les appuyer sur une clause formelle et précise de l'acte de société; décider autrement serait exposer les souscripteurs aux surprises les plus dangereuses. Tout ce qu'il est permis de conclure des termes employés, c'est que l'assemblée générale aura le droit de modifier le pacte social à la seule condition de ne pas toucher à ses éléments essentiels et constitutifs.

Dès longtemps ces principes ont été reconnus par la jurisprudence; nous les trouvons nettement formulés dans un arrêt de la cour de Paris où il est également fait justice de la théorie singulière émise par M. Mathieu au sujet de l'article 34 <sup>1</sup>. « Considérant, porte cet arrêt, que l'article invoqué de la loi de 1867 ne fait que prescrire une condition de la composition de l'assemblée

1. Paris, 19 avril 1875. Affaire du Crédit mobilier. Dall., 1875, II, 461. Voy. également Paris, 26 mai 1869, Dall., 70, II, 42, et Rouen, 18 juillet 1881, *Journ. Soc.*, 1882, p. 371.

générale des actionnaires qui est obligatoire lorsqu'il y a lieu de procéder à un vote de modification des statuts; que le pouvoir de modifier les statuts, étant une exception aux dispositions du contrat de société dans lequel sont engagées les parties, doit être toujours entendu d'une manière restrictive; qu'en dehors des objets spéciaux sur lesquels le contrat aurait expressément permis aux assemblées générales de modifier les statuts, le pouvoir de modification ne peut s'appliquer qu'à des changements qui se feraient dans les limites des règles d'administration ou d'organisation, sans altérer les bases constitutives de la société, de manière à blesser l'essence du pacte social; que dans cette mesure seulement les associés sont censés s'être donnés les uns aux autres mandat de statuer souverainement, en assemblée générale, sur les modifications statutaires qu'il serait dans l'intérêt de la société d'adopter. » Mais comment déterminer les bases constitutives du contrat de société dont parle l'arrêt? Quelles sont ces clauses essentielles que l'assemblée générale ne pourra modifier à défaut d'une autorisation expresse des statuts? C'est là une question à laquelle il est impossible de répondre d'une façon complète; souvent même, les tribunaux, tout en étant parfaitement d'accord sur les principes, ne le seraient pas sur la décision à prendre dans une hypothèse déterminée; il y a là en effet tout ensemble une question de droit et une question de fait.<sup>1</sup>

M. l'avocat général Hémar<sup>1</sup> tout en reconnaissant cette impuissance de la doctrine à formuler un *critérium* absolu permettant de distinguer sans hésitation,

1. Dall., *loc. cit.*

dans tous les cas, les clauses essentielles des clauses secondaires du contrat de société, a cependant tracé quelques lignes principales pouvant servir de base à la solution des difficultés soulevées chaque jour dans la pratique. Sa méthode ayant l'avantage de grouper dans un ordre logique les difficultés principales de la matière, nous la prendrons comme point de départ de nos explications. Aux termes de l'article 1108 du code civil, quatre conditions sont de l'essence de toute convention : 1° le consentement des parties contractantes ; 2° leur capacité ; 3° un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; 4° une cause licite dans l'obligation. Laissons de côté le consentement et la capacité des parties dont nous n'avons pas à parler ici, et voyons immédiatement quel est l'objet de l'obligation de l'associé et quelle en est la cause. L'article 1832 du code civil répond à cette double question. « La société, nous dit-il, est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans le but de partager le bénéfice qui en pourra résulter. »

L'objet de l'obligation de l'associé consiste donc à effectuer un apport, et cette obligation a pour cause l'organisation d'une force sociale dont l'application à un objet déterminé doit donner naissance aux bénéfices à partager entre les associés.

Toute clause relative : 1° à la détermination de l'apport, 2° à l'organisation d'une force sociale, 3° à l'objet auquel cette force doit être appliquée, 4° au partage des bénéfices à réaliser devra par suite être considérée comme essentielle.

Chacun de ces points demande à être examiné séparément.

*Détermination de l'apport.* — L'apport de l'associé est déterminé, non seulement quant à son chiffre, mais encore quant à sa durée; c'est-à-dire que l'associé s'engage tout ensemble à fournir une certaine valeur à la société et à l'y laisser pendant un certain temps limité naturellement par la durée de la société elle-même. L'assemblée générale, en l'absence d'une clause spéciale des statuts l'y autorisant, ne pourra par conséquent soit demander aux actionnaires un supplément de mise, soit proroger la société au delà du terme fixé pour sa durée ou la dissoudre avant ce terme<sup>1</sup>.

Et tout d'abord elle ne pourra, disons-nous, contraindre un actionnaire à fournir à la société une valeur supérieure à l'apport qu'il s'est engagé à effectuer, c'est-à-dire, spécialement, voter des appels de fonds après libération complète des actions. Ceci est l'évidence même. La cour de Nîmes, dans un arrêt du 2 fructidor an XII<sup>2</sup>, a cependant admis dans un cas spécial qu'il pourrait être fait des appels de fonds au delà du montant de la souscription, si la majorité des actionnaires en avait ainsi décidé, et que les membres de la minorité, à la suite d'un vote de cette nature, n'avaient d'autre alternative que de se soumettre à la décision prise, ou d'abandonner leur mise en se retirant de la société ainsi modifiée. Dans l'espèce, prétendait la cour, les souscripteurs avaient dû nécessairement se rendre compte de l'insuffisance de leurs engagements primitifs pour arriver à la réalisation de l'entreprise but de l'associa-

1. Nous verrons cependant que dans un cas exceptionnel l'assemblée générale a reçu de la loi le pouvoir de dissoudre la société avant terme.

2. *Journ. Pal.*, an XII, II, 154.

tion. Même ainsi limitée, la théorie de la cour de Nîmes nous paraît inadmissible, elle ne tendrait à rien moins, en effet, sous prétexte de souscription tacite, qu'à mettre la fortune des actionnaires à la merci des membres de la majorité; aussi ne voyons-nous pas qu'elle ait trouvé d'écho dans la doctrine ni dans la jurisprudence, qui s'est toujours prononcée très nettement en sens contraire<sup>1</sup>.

L'assemblée générale, impuissante à décider un appel de fonds au delà de l'apport promis, ne pourrait davantage prolonger la durée de cet apport en votant la prorogation de la société, si l'acte social ne lui conférait expressément ce pouvoir. Le jour de la dissolution arrivé, les associés ont, en vertu même du contrat d'association, le droit d'exiger la liquidation, c'est-à-dire la réalisation de l'actif et sa répartition entre eux; il n'appartient pas à la majorité de le leur enlever. Enfin, dans le silence des statuts, l'assemblée générale ne pourrait, en principe, déclarer la société dissoute. Le droit de prononcer cette dissolution appartient aux tribunaux.

Sans doute l'article 11 autorise l'assemblée générale, dans la commandite par actions, à donner son avis sur la question de dissolution quand elle a été convoquée à cet effet par le conseil de surveillance, mais ses termes ne vont pas au delà. « La loi, disait M. Forcade de La Roquette, lors de la discussion au Corps législatif<sup>2</sup>, donne à la fois au conseil de surveillance le moyen d'interroger les actionnaires, et, après les avoir interrogés,

1. Voy. notamment Paris, 18 mars, 1862; *Journ. Pal.*, 1862, p. 713. Cass. 9 août 1869; Sir. 1870, I, 25. Lyon, 9 janvier 1870; *Journ. Pal.*, 1870, p. 910.

2. Tripiér, I, n° 2046.

de se tourner vers la justice et de porter devant les tribunaux compétents l'action en dissolution<sup>1</sup>.

Si l'assemblée générale ainsi consultée refusait au conseil de surveillance l'autorisation de demander la dissolution aux tribunaux, ce dernier devrait se conformer à cette décision ; mais resterait alors le droit individuel des associés, droit consacré par l'article 1871 du Code civil et auquel aucun texte spécial n'a dérogé en notre hypothèse<sup>2</sup>. La loi s'est écartée de ces principes dans un cas spécial ; elle a, dans l'article 37, conféré à l'assemblée générale de la société anonyme, le pouvoir de dissoudre la société avant terme au cas de perte des trois quarts du capital social.

« En cas de perte des trois quarts du capital social, nous dit l'article 37, les administrateurs sont tenus de convoquer l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société... » L'assemblée générale substituée dès lors aux tribunaux est investie comme eux d'un pouvoir discrétionnaire et statue librement sur la question qui lui est soumise. Un amendement aux termes duquel la dissolution, dans notre hypothèse, eut été de plein droit obligatoire, fut repoussé<sup>3</sup>.

Si l'assemblée générale régulièrement constituée a été saisie de la question de dissolution et s'est prononcée pour la continuation de la société, autoriserons-nous les associés à se pourvoir en dissolution devant les tribunaux en fondant leur demande sur la perte des trois quarts

1. Paris, 20 mai 1869 ; Dall., 1870, II, 43.

2. Pont n° 4924 ; Alauzet, n° 508 ; Vavasseur, n° 591. Bedarride, n° 239 et suiv.

3. Tripiér, I, p. 323.

du capital social ? La question est controversée. En faveur de l'affirmative, on dit que la loi, en organisant une procédure spéciale, n'a eu d'autre but que de fournir aux associés un moyen de dissolution plus facile et moins onéreux ; qu'il ne s'ensuit nullement qu'elle ait eu l'intention de leur enlever le bénéfice de la règle commune formulée par l'article 1871. La négative s'appuie sur les termes de l'article 37 qui, en réservant l'action individuelle des associés dans l'hypothèse où l'assemblée générale n'a pas été régulièrement convoquée ou n'a pas délibéré valablement, semble bien, par là même, exclure cette action quand l'assemblée générale régulièrement constituée s'est prononcée pour la continuation de la société. — Cette dernière opinion nous paraît préférable.

*Organisation d'une force sociale.* — La mesure de cette force, sa nature sont bien certainement choses essentielles, aussi l'assemblée générale, à défaut d'une clause des statuts l'y autorisant d'une manière formelle, ne pourrait-elle augmenter ou diminuer le capital social, transformer la société ou décider sa fusion avec une autre société. L'augmentation du capital social au moyen d'une nouvelle émission d'actions<sup>1</sup>, enlèverait à l'apport l'éventualité de la rémunération espérée et changerait complètement les conditions fondamentales du contrat primitif<sup>2</sup> ; la réduction du capital, en privant la

1. Nous laissons de côté l'augmentation du capital obtenue au moyen d'un nouvel appel de fonds, cet appel de fonds ayant été reconnu irréalizable en l'absence du consentement unanime des associés.

2. Cass., 14 déc. 1869; *Journ. Pal.*, 1870, 387. Lyon, 9 janv. 1870; *Journ. Pal.*, 1870, 911.

société des moyens d'action doués de l'efficacité promise, aurait également ce résultat.

On a même soutenu<sup>1</sup> que les statuts ne pourraient autoriser l'assemblée générale à réduire le capital primitif, cette réduction étant contraire à l'ordre public. Mais cette rigueur nous paraît exagérée. Les statuts peuvent réserver le droit pour l'assemblée générale d'augmenter le capital social, pourquoi ne pourraient-ils également lui réserver celui de le réduire? Une société par exemple ayant été constituée avec un capital dont le quart seulement a été versé, l'expérience démontre que ce capital excède les besoins de l'entreprise. Sur quels motifs se fonder pour empêcher cette réduction? Les actionnaires ne peuvent bien certainement critiquer une mesure qu'ils ont acceptée par avance dans les statuts et il en est de même des créanciers. Ceux d'entre eux, en effet, qui ont traité avec la société avant le vote de réduction auront toujours pour garantie le capital primitif sur lequel ils ont eu le droit de compter, et ceux qui ne sont entrés en relations avec la société que postérieurement au vote de l'assemblée générale, n'ont pu légitimement compter que sur le nouveau capital. Il n'y a donc là aucune violation de droits acquis et nous ne pouvons voir, dans une clause qui respecte les droits et les intérêts des associés et des tiers, rien qui soit contraire à l'ordre public.

Mais il importe de préciser le sens de l'expression « réduire le capital. » Lorsque la société a perdu des sommes considérables, lorsque la valeur des actions se trouve réduite par exemple de moitié, ce n'est pas ré-

1. M. Worms, *Journ. Soc.*, 1880, p. 193.

duire le capital social que de constater un état de choses matériel en réduisant d'autant le capital nominal sans toucher en réalité au capital existant, c'est-à-dire au capital souscrit, le seul qui ait de l'importance soit pour les associés, soit pour les tiers.

Il a été jugé, en ce sens, que l'assemblée générale d'une commandite par actions avait très valablement décidé que les titres d'actions primitifs énonçant le prix ordinaire d'émission seraient remplacés par de nouveaux titres portant simplement l'indication de la part d'intérêt appartenant à l'actionnaire dans la société, sans énonciation de la valeur de cette part ; alors que le prix originaire d'émission inscrit sur les anciens titres se trouvait réellement inexact et exagéré, eu égard à la situation de la société<sup>1</sup>.

La transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme ou vice versa, de même que la modification du capital social, entraîne également, sans aucun doute, un changement dans les éléments essentiels du contrat de société primitif, changement que l'assemblée générale non autorisée à cet effet par les statuts serait impuissante à réaliser.

Bien que la Cour de Besançon se soit prononcée en sens contraire<sup>2</sup>, cette solution ne nous paraît guère contestable. Lorsque les personnes et les choses restent les mêmes, dit la Cour de Besançon, la transformation ne change pas la société quant au fond, mais en modifie simplement la forme. Rien de plus inexact que cette affirmation ; la forme, en cette circonstance, réagit bien

1. Cass., 29 mai 1864; *Sir.*, 1864, 1490.

2. Besançon, 15 juin 1869: *Journ. Pal.*, 1870, p. 453; *Dall.*, 1870, II, 13.

évidemment sur le fond. Il est de l'essence de la société en commandite par actions d'avoir des associés en nom indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales, et à qui seuls peut être confiée l'administration de la société. La société anonyme, au contraire, n'a pas d'associés en nom tenus des dettes sociales au delà de leur mise et elle a des administrateurs révocables dont les fonctions sont temporaires ; comment dès lors prétendre que le changement de forme reste sans influence sur le fond ? Avec la doctrine de la cour de Besançon on en arriverait à permettre à l'assemblée générale de transformer une société anonyme en société en nom collectif ; le souscripteur d'une action de 500 fr. pourrait se voir engagé *in infinitum*. La raison et le bon sens condamnent un système aboutissant à de semblables conséquences ; aussi est-il rejeté par la doctrine comme par la jurisprudence <sup>1</sup>.

La fusion de la société avec une autre société entraînant toujours tout au moins une augmentation de capital quand elle ne donne pas naissance à une société absolument nouvelle, doit être régie par les mêmes principes ; l'assemblée générale ne pourra donc la voter sans une autorisation formelle des statuts <sup>2</sup>.

Nous en dirons autant de la conversion d'une société française en société étrangère ; cette conversion a, en effet, pour résultat immédiat un changement de législation qui atteint le contrat primitif dans son essence.

1. Pont, *op. cit.*, n° 1094 ; Vavasseur, n° 455. Lyon, 6 fév. 1868 ; *Journal Pal.*, 1868, p. 698 ; Dall, 1868, II, 63. Aix, 30 janv. 1868, *Journal Pal.*, 1868, p. 1248. Paris, 16 août, 1879. *Journ. Soc.*, 1880, p. 118 et la note.

2. Vavasseur, n° 428 et suiv. Pont, n° 1090. Voyez cependant Cass. 8 fév. 1861 ; *Journal Pal.*, 1862, p. 346.

Il y a droit acquis pour les associés à rester sous le régime de la loi qui régissait le contrat au moment où ils y ont donné leur adhésion et il est impossible de leur imposer les conséquences nécessairement imprévues d'une législation toute différente, peut-être, de celle sur laquelle ils ont compté lors de leur entrée dans la société<sup>1</sup>.

*Application de la force sociale à un objet déterminé.*— Rien de plus essentiel, de plus fondamental que l'objet en vue duquel la société a été constituée. L'associé apporte ses capitaux pour qu'ils soient employés à l'exercice de tel ou tel commerce, de telle ou telle industrie; il ne les aurait pas donnés pour une entreprise différente. Celui qui s'engage dans une société ayant pour objet l'exploitation d'un haut fourneau, par exemple, ne peut être contraint à voir ses fonds engagés dans une filature de coton; celui qui a confiance dans le rapport d'un chemin de fer et entre dans une société ayant pour objet l'exploitation de ce chemin de fer, ne peut se voir engagé contre son gré dans une société qui exploiterait une voie de communication différente ou même un chemin de fer établi dans une direction autre que celle convenue. Ceci touche à l'évidence et on ne conçoit même pas l'existence d'une clause statutaire autorisant l'assemblée générale à déterminer à son gré l'emploi des capitaux versés par les associés. Celle-ci ne pourra voter en ce sens que les changements expressément prévus et nettement déterminés dans le pacte social.

La jurisprudence a fait plusieurs fois l'application de

1. Aix, 14 juin 1879. *Journ. Soc.*

ces principes. Il a été jugé notamment que l'assemblée générale, non autorisée à cet effet par les statuts, ne pouvait faire d'une société formée pour faire l'escompte à trois signatures, une société prêtant sur une seule<sup>1</sup>.

On peut citer, dans le même ordre d'idées, un arrêt de la cour de cassation du 14 février 1853<sup>2</sup> annulant une délibération d'une assemblée générale qui réduisait l'objet d'une société fondée pour l'exécution de deux chemins de fer à l'exécution d'un seul de ces chemins.

M. Lyon-Caen, dans une remarquable dissertation sur la limite des pouvoirs des assemblées générales<sup>3</sup>, signale pour la critiquer une jurisprudence récente d'après laquelle l'assemblée générale ne serait pas considérée comme changeant l'objet de la société si elle décidait de louer l'actif social à une autre société qui lui abandonnerait alors une certaine fraction des bénéfices qu'elle réaliserait. « Lorsqu'une société a pour objet une exploitation déterminée, un fonds de commerce, par exemple, n'est-ce pas, nous dit-il, changer, dénaturer cet objet que de cesser cette exploitation en la cédant à un tiers? » Cette critique nous paraît parfaitement fondée; il est impossible, en effet, de voir dans une semblable combinaison une simple modification du mode d'exploitation du fonds social

Mais, s'il s'agissait d'élargir un peu le champ d'opérations de la société en exploitant certaines branches accessoires ou complémentaires de son industrie, il n'y

1. Dijon, 28 fév. et 16 mai 1853, *Journ. Pal.*, 1854, I, 462.

2. *Journ. Pal.*, 1854, I, 459. Voy. également Paris, 18 mars 1862, *Journ. Pal.*, 1862, p. 712. Tribunal de commerce de la Seine, 4 octobre 1866. Teulet, 1867 p. 30.

3. *Journ. Soc.*, 1880, p. 277.

aurait pas à proprement parler changement d'objet, et une autorisation générale de modifier les statuts permettrait, croyons-nous, à l'assemblée, de voter valablement cette modification de détail. On peut citer comme exemple avec M. Pont<sup>1</sup> le cas où une société fondée pour l'exploitation des fers bruts se déciderait à transformer les fers en rails dans le but de réaliser ainsi des bénéfices plus considérables.

*Partage des bénéfices.* — Grouper les capitaux de manière à les faire valoir d'une façon plus avantageuse, tel est le but poursuivi par toute société. La réalisation de bénéfices est toujours l'objectif de l'actionnaire qui apporte ses fonds à la société; aussi l'article 1832 du code civil nous indique-t-il le partage des bénéfices comme la cause principale et déterminante de l'apport. Toute clause de l'acte social relative au partage des bénéfices doit donc être considérée comme essentielle et ne pouvant être modifiée que du consentement unanime des contractants. Il faudrait une clause bien formelle des statuts pour reconnaître à l'assemblée générale le droit de voter une modification aussi fondamentale, encore même devrait-on réserver le cas prévu par l'article 1855 du code civil. La jurisprudence se montre avec raison très rigoureuse en cette matière; c'est ainsi que la cour de Rouen, dans un arrêt du 8 août 1868<sup>2</sup>, a déclaré nulle une délibération de l'assemblée générale d'une société en commandite décidant que le dividende afférent à chaque action sur les bénéfices annuels, au

1. *Op. cit.*, n° 1035.

2. *Journ. Pal.*, 1869, p. 993. Voy. dans le même sens, Angers, 26 avril 1866, *Journ. Pal.*, 1867, 457.

lieu d'être attribué aux actionnaires conformément aux statuts, serait appliqué à l'acquisition d'un immeuble pour le compte de la société. Rappelons enfin l'arrêt de la cour de Paris du 19 avril 1875, qui annule comme entachée d'excès de pouvoirs la délibération de l'assemblée générale d'une société anonyme autorisant la création d'actions de priorité.

Nous avons déterminé d'une manière générale ce qu'il fallait entendre par conditions essentielles et constitutives du contrat de société, et parcouru, à cette occasion, les exemples qui se rencontrent le plus fréquemment dans la pratique; mais, nous le répétons, il est impossible d'entrer dans le détail des hypothèses qui peuvent se présenter. Le pourrait-on, d'ailleurs, qu'on ne serait guère plus avancé, la question de droit en cette matière se compliquant toujours, ainsi que nous le disions au début de cette étude, d'une question de fait. Nous n'en voulons pour exemple que les arrêts précités des cours de Besançon et de Lyon dont l'un permet à l'assemblée générale, dans le silence des statuts, de transformer une commandite par actions en société anonyme, tandis que l'autre lui refuse ce pouvoir. Cependant les deux cours s'accordent parfaitement à reconnaître que l'assemblée générale, à défaut d'autorisation expresse ne pourra toucher aux clauses essentielles et constitutives du pacte social.

La conclusion à tirer de cette observation, c'est, comme le dit très bien M. Lyon-Caen, qu'il y a dans la loi de 1867 une lacune à combler. Il est dangereux de laisser ainsi à la doctrine et à la jurisprudence le soin de déterminer quelles sont les clauses essentielles et constitutives du pacte social. La loi devrait déclarer

formellement qu'à défaut d'une disposition des statuts l'y autorisant d'une manière expresse et spéciale, l'assemblée générale ne peut augmenter ou diminuer le capital social, prolonger ou réduire la durée de la société, transformer la société, voter la fusion de la société avec une autre société, modifier les clauses statutaires relatives au partage des bénéfices. C'est, d'ailleurs, ce que propose l'article 29 du projet. Sauf dispositions contraires, expressément insérées dans les statuts, dit cet article, l'assemblée générale ne peut : 1° augmenter ou diminuer le chiffre du capital social; 2° prolonger ou réduire la durée de la société; 3° changer la quotité de la part qui rend la dissolution obligatoire; 4° décider la fusion avec une autre société; modifier le partage des bénéfices. Dans aucun cas l'assemblée générale ne peut changer l'objet essentiel de la société.

#### LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

Ces principes, à part quelques différences de rédaction, se trouvent également formulés dans l'article 157 du code de commerce italien; toutefois un tempérament a été admis en faveur des actionnaires dissidents. Les sociétaires opposants dans les délibérations ayant pour objet la fusion de la société avec une autre société, la réintégration de l'augmentation du capital social, le changement du but de la société, la prorogation de la société, si elle n'est pas fixée dans l'acte constitutif, le droit de se retirer de la société, et d'obtenir le remboursement de leurs actions, en proportion de l'actif social. Mais les sociétaires qui se retirent après être intervenus aux délibérations, doivent le déclarer dans les

vingt-quatre heures de la clôture de l'assemblée et ceux qui n'y sont pas intervenus doivent faire cette déclaration dans le mois à partir du jour de la publication de la délibération dans le journal des annonces judiciaires du lieu où est le siège de la société, ce. à peine de déchéance.

Le code de commerce allemand, dans son article 215 relatif à la société anonyme, est loin de préciser la limite des pouvoirs de l'assemblée générale en matière de modification aux statuts et donne naissance aux plus sérieuses difficultés d'interprétation.

La loi belge reconnaît en principe à l'assemblée générale réunie dans les conditions qu'elle détermine le droit de modifier les statuts, sous la seule réserve de ne pas toucher à l'objet essentiel de la société. (Art. 59.)

Le projet autrichien reconnaît également à l'assemblée générale ce pouvoir de modification ; mais les conditions exigées relativement à la composition de l'assemblée en pareil cas varient avec la nature des changements qu'il y a lieu de faire subir au pacte social <sup>1</sup>.

---

1. Voy. l'étude de M. Lyon-Caen, *loc. cit.*, p. 134.

# POSITIONS

---

## DROIT ROMAIN

I. Les actions de peculio et de in rem verso forment deux actions distinctes qui peuvent être séparées l'une de l'autre. (Page 59.)

II. La missio in possessionem ne pouvait être ordonnée contre le paterfamilias qui se cachait pour éviter l'action de peculio, si, au moment de la poursuite, le pécule ne comprenait aucun actif. (P. 62.)

III. La loi 5, § 1, de *Pec.*, n'est pas en contradiction avec la loi 22. de *Jurej.* (P. 21.)

IV. Les créanciers de l'adrogé antérieurs à l'adrogation peuvent exercer l'action de peculio contre l'adrogeant, lors même que celui-ci n'a pas concédé de pécule à l'adrogé (P. 28).

V. L'action de peculio ne se donne pas, en principe, contre le légataire du pécule. (P. 43.)

VI. Le paterfamilias héritier d'un créancier du concessionnaire devait, dans le calcul de la Falcidie, comprendre dans l'actif héréditaire la valeur du pécule estimé au dies mortis.

## DROIT COMMERCIAL

I. Les souscripteurs auteurs d'apports en nature ou bénéficiaires d'avantages particuliers ne peuvent prendre part au vote de vérification relatif aux apports ou avantages autres que les leurs. (P. 103.)

II. Le gérant ou les administrateurs peuvent prendre part au vote de l'assemblée générale relatif à la vérification de leurs comptes ou à l'autorisation d'une convention dans laquelle ils ont un intérêt opposé à celui de la société. (P. 105.)

III. Le capital social non entièrement souscrit ne peut être réduit par l'assemblée générale des souscripteurs, à moins que les statuts ne lui reconnaissent ce pouvoir. (P. 175.)

IV. Quand deux sociétés préexistantes se fusionnent sans que le fonds social de la nouvelle société comprenne autre chose que l'actif réuni des deux autres sociétés, il n'y a pas lieu à vérification des apports en nature. (P. 161.)

V. L'assemblée générale qui vérifie les apports en nature et les avantages particuliers peut, avec l'assentiment des intéressés, voter valablement la réduction de valeur des apports ou la diminution des avantages. (P. 153.)

VI. L'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, n'accorde pas à l'assemblée générale le droit de modifier les statuts. (P. 192.)

VII. En matière de société anonyme, le droit de modifier les statuts ne peut être reconnu à l'assemblée générale ne comprenant pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. (P. 133.)

VIII. La clause des statuts qui confère d'une manière indéterminée à l'assemblée générale le pouvoir de les modifier n'emporte pas, pour l'assemblée générale, le pouvoir de modifier les clauses essentielles du pacte social. (P. 195.)

## DROIT CIVIL

I. Lorsque la signification ou l'acceptation de la cession d'une créance, sont faites postérieurement à la saisie-arrêt pratiquée aux mains du cédant, le cessionnaire vient en concours au marc le franc avec le créancier saisissant. (P. 195.)

Si, postérieurement à la signification ou à l'acceptation de la cession, et avant qu'un jugement ait validé la saisie-arrêt précédente et ordonné au tiers saisi de payer au saisissant le montant des sommes saisies-sarrêtées, de nouvelles saisies-arrests sont pratiquées aux mains du tiers saisi par d'autres créanciers, ceux-ci viendront en concours au marc le franc avec le premier saisissant sur la somme qui reviendrait à ce dernier s'il venait seul en concours avec le cessionnaire de la créance.

II. Le tiers saisi qui dépose à la caisse des dépôts et

consignations avec délégation expresse au profit des saisissants le montant des sommes dues à ces derniers par le débiteur saisi et paie à celui-ci le surplus de sa dette, s'expose à payer deux fois.

III. La nullité prononcée par l'article 1599 est une nullité absolue.

IV. La caution qui a payé la dette est subrogée contre tout tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à cette dette. Mais le tiers détenteur qui a désintéressé le créancier n'est pas subrogé contre la caution.

V. L'héritier bénéficiaire qui s'est rendu adjudicataire d'un immeuble de la succession a le droit de payer cet immeuble.

VI. Le jugement d'adjudication des immeubles d'un failli, prononcé à la requête du syndic conformément à l'article 572 du code de commerce, n'emporte pas (à le supposer définitif et dûment transcrit), la purge des privilèges et hypothèques qui grèvent ces immeubles.

---

## DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

I. Le blocus pacifique n'est pas légitime.

II. La seule destination vers un port bloqué n'est pas une violation du blocus.

## DROIT CRIMINEL

I. Le fait matériel de la contrefaçon d'un objet breveté suffit pour constituer le délit, même en l'absence de toute mauvaise foi chez le contrefacteur.!

II. L'usage du produit contrefait ne constitue pas le délit de contrefaçon.

*Vu par le Président de la Thèse :*

F. RATAUD.

*Vu par le Doyen :*

CH. BEUDANT.

*Vu et permis d'imprimer.*

*Le vice-recteur de l'Académie de Paris*

GRÉARD.



# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT ROMAIN

### DE L'ACTION DE PECULIO

|                                                                                                         | Pag. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| INTRODUCTION. — Notions générales sur le pécule. . . . .                                                | 1    |
| § 1. — Définition et origine du pécule. . . . .                                                         | 1    |
| § 2. — Par qui et de quelle manière la concession pouvait être faite. . . . .                           | 4    |
| § 3. — Quels biens pouvaient être concédés en pécule et quand la concession prenait fin. . . . .        | 5    |
| CHAPITRE PREMIER. — Origine et caractères de l'action de peculio. . . . .                               | 9    |
| CHAPITRE II. — Dans quels cas l'action de peculio était donnée. . . . .                                 | 17   |
| CHAPITRE III. — A qui, contre qui, et dans quelles conditions l'action de peculio était donnée. . . . . | 31   |
| § 1. — Action de peculio contre les copropriétaires de pécule . . . . .                                 | 33   |
| § 2. — — — — — le nupropriétaire l'usufruitier et l'usager . . . . .                                    | 37   |
| § 3. — — — — — les héritiers. . . . .                                                                   | 39   |
| § 4. — — — — — le légataire. . . . .                                                                    | 42   |
| § 5. — — — — — les ayants cause à titre particulier au dominus peculii autres que le légataire. . . . . | 45   |
| CHAPITRE IV. — Comment se déterminait le montant de la condamnation de peculio. . . . .                 | 51   |
| § 1. — De l'in rem versum. . . . .                                                                      | 52   |
| § 2. — De l'estimation du pécule. . . . .                                                               | 62   |

|                                                                                                                                                        |              |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| § 3. — Du passif du pécule et du droit de déductio<br>reconnu au dominus peculii. . . . .                                                              | Pages.<br>71 |
| APPENDICE. — De l'action tributoire et des autres actions<br>adjectitiæ qualitatis envisagées dans leurs rapports avec<br>l'action de peculio. . . . . | 89           |

## DROIT FRANÇAIS

### DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES D'ACTIONNAIRES DE LEUR ORGANISATION ET DE LEURS POUVOIRS

|                                                                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION. — Généralités. Définitions. . . . .                                                                                                                                                                      | 91  |
| CHAPITRE I. — Organisation des assemblées générales.                                                                                                                                                                   |     |
| SECTION I. — Des personnes appelées à prendre part aux<br>assemblées générales et de l'étendue de leur droit de<br>vote. . . . .                                                                                       | 95  |
| SECTION II. — Convocation des assemblées générales.                                                                                                                                                                    |     |
| § 1. — Par quiles assemblées générales doivent-elles être<br>convoquées ? . . . . .                                                                                                                                    | 116 |
| § 2. — Quelles sont les formes dans lesquelles la con-<br>vocation doit être faite . . . . .                                                                                                                           | 120 |
| SECTION III. — A quelles conditions les assemblées gé-<br>nérales réunies sur convocation régulière peuvent-<br>elles délibérer valablement et prendre une décision<br>obligatoire pour tous les actionnaires. . . . . | 126 |
| Feuille de présence. Bureau. Procès-verbal . . . . .                                                                                                                                                                   | 135 |
| Disposition pénale . . . . .                                                                                                                                                                                           | 140 |
| CHAPITRE II. — Pouvoirs des assemblées générales                                                                                                                                                                       |     |
| SECTION I. — Pouvoirs des assemblées générales cons-<br>titutives . . . . .                                                                                                                                            | 143 |
| SECTION II. — Pouvoirs des assemblées générales ordi-<br>naires . . . . .                                                                                                                                              | 180 |
| SECTION III. — Pouvoirs des assemblées générales extra-<br>ordinaires. . . . .                                                                                                                                         | 191 |

## ERRATA.

---

- Pages 9 In fine, et 10, initio. *Supprimer les mots : et pouvant après la mort de celui-ci se retrancher derrière l'exception, quod facere potest.*
- 70 6<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : dépôt, *lire* : gage.
  - 84 7<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : de pupille, *lire* : « du pupille ».
  - 99 14<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : art. 27, *lire* : art. 37.
  - 102 2<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : deuxième, *lire* : première.
  - 120 § 2, 7<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : aux termes de l'art. 30, jusqu'à : ce mode de convocation, *lire* : l'art. 30 exige pour la convocation de l'assemblée que deux avis soient publiés à huit jours d'intervalle dans un des journaux destinés à recevoir les annonces légales un mois au moins avant l'époque à laquelle doit avoir lieu sa réunion.
  - 121 Note 1, supprimer.
  - 122 6<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : pourrait, *lire* : pouvait.
  - 123 2<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : art. 4, *lire* : art. 30.
  - 128 15<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : cette argumentation ne nous paraît pas., etc., jusqu'à la fin du §, *lire* :  
L'argument tiré de la discussion de la loi de 1856 nous détermine à donner la préférence à cette opinion beaucoup plus rationnelle que la précédente.  
Nous déciderons également que la première assemblée constitutive de la société anonyme n'est soumise à aucune réglementation. Si l'article 30 parle d'assemblées, c'est qu'il n'a pas seulement en vue la dernière assemblée constitutive.
  - 129 8<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : le quart du capital social, *lire* : le quart du capital social en numéraire, 16<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : élément personnel sur élément réel, *lire* : élément réel sur élément personnel.
  - 145 8<sup>e</sup> lig. *supprimer les mots* : ou en valeurs assimilables telles que par exemple des billets de banque.
  - 159 8<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : 1866, *lire* : 1856.
  - 166 *Au lieu de* : « a donc été faite à l'époque où elle était », *lire* : sera donc faite à l'époque où elle est.
  - 214 Position V, 2<sup>e</sup> lig. *au lieu de* : payer, *lire* : purger.





